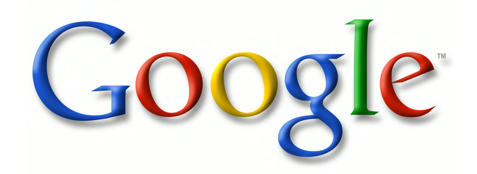




Zeitschrift

für

die deutsche Gesetzgebung

und für

einheitliches deutsches Recht.

Herausgegeben

von

Dr. J. Fr. Behrend, ord. Professor der Rechte in Greifswald.

und

Dr. F. Dahn, ord. Professor der Rechte in Königsberg.

VIII. Band.

Berlin.

Verlag von J. Guttentag (D. Collin).

1875.

Inhalt.

Abhandlungen.

Literatur.

Abhandlungen.

I.

Ueber das belgische Gesetz, die Handels-Gesellschaften betreffend, vom 18. Mai 1873.*)

Von Herrn Geh. Finanz-Rath K. Koch zu Berlin.

Die Aufregung über den „Börsenkrach" von 1873 ist im Schwinden begriffen. Man hat aufgehört, die Gesetzgebung, insonderheit die befreiende des Jahres 1870 für die unheilvollen Erscheinungen, deren Folgen in jener noch heute andauernden Krankheit des Verkehrs vor uns liegen, vorzugsweise oder gar allein verantwortlich zu machen. Dennoch ist die Reform des Handelsgesellschafts-Rechtes auf der Tagesordnung geblieben. Juristentag, Sozial-Kongreß, Ausschuß des Handelstages, Handelskammern, in höchster Spitze die Reichsregierung haben sich mit der Frage beschäftigt, was die Gesetzgebung zu thun habe, um der Wiederkehr ähnlicher Erscheinungen vorzubeugen. Ein Abschluß dieser Bewegung ist bisher nicht erreicht. Ist auch nicht mehr zu fürchten, daß man mit Noth- und Gelegenheitsgesetzen kasuistischen Inhaltes die Lücken der vorhandenen Gesetze verstopfen werde, ohne Mehr zu erreichen, als daß dem Scharfsinn der „Gründer" neue Aufgaben gestellt werden, so werden die gemachten Erfahrungen doch sicherlich ihre gesetzgeberischen Früchte tragen und die niemals aus den Augen verlorene Revision des Handelsgesetzbuches zeitigen helfen. Gerade dieser Theil des H.-G.-B. entbehrt der inneren Vollendung. Die

*) Monit. Belge. 1873. no. 145. — Deutsche Uebersetzung im Preuß. Handels-Ar[ch]iv 1873. Nr. 24. — Als „Projekt" auch bei Auerbach: Das Aktienwesen. (1873) S. 372 ff. Der Senat hat in diesem von der Abgeordnetenkammer angenommenen Entwurf nur geringe Aenderungen vorgenommen. (S. Hartmann, Centralorgan IX S. 251. Note 1.)

Materialien zeigen, wie schwer sich hier die Gedanken des Verkehrs zur Geltung hindurchgerungen und weshalb sie sich bisher in nur unvollkommener Form in Rechtssätzen ausgeprägt haben. Wenn die deutsche Gesetzgebung sich nun die Aufgabe stellt, diese zum Theil dunklen und unvollständigen Sätze weiter auszubilden und zu ergänzen, so wird man nicht umhin können, die Blicke auf ein Nachbarland zu richten, in welchem erst vor Kurzem die Reform des Handelsgesellschaftsrechtes einschließlich des Genossenschaftsrechtes in höchst beachtenswerther Weise zum Abschluß gelangt ist. Die belgische Gesetzgebung, über deren Fortschritte uns deutsche Zeitschriften mit Recht fortlaufend in Kenntniß erhalten,*) ist zwar eine Tochter der französischen; weit entfernt aber von einer sklavischen Nachahmung des dortigen Vorbildes, ist man in Belgien längst daran gewöhnt, sich auf eigene Füße zu stellen. Von einer solchen rühmlichen Selbstständigkeit haben namentlich die Arbeiten, betreffend die Revision des Code de procédure civile ehrenvolles Zeugniß gegeben. In gleicher Weise aber verdient die an die Stelle von Titel III, Buch I des Handelsgesetzbuches (als Tit. IX) getretene Kodifikation in den weitesten Kreisen gekannt und gewürdigt zu werden. Diesem Zweck zu dienen, sind die nachfolgenden Zeilen bestimmt. Vergleichungen mit dem diesseitigen und dem mütterlichen französischen Rechte werden sich bei der Darstellung des Inhaltes des belgischen Gesetzes von selbst ergeben.

Eine lange, sorgfältige Vorbereitung ist dem Erscheinen des Gesetzes vorausgegangen. Schon die Session von 1864/65 hat sich mit der vorliegenden Reform beschäftigt, auf welche man in den späteren Sessionen wiederholt zurückgekommen ist. Das sprüchwörtliche neunte Jahr ist also buchstäblich erreicht. Man hat dadurch Zeit gewonnen, die zahlreichen Gesetzgebungsarbeiten anderer Staaten wie die Erfahrungen der Gründungsepoche zu verwerthen. Der Inhalt des Gesetzes weist davon vielfache Spuren auf.

Das Gesetz zerfällt in 11 Abschnitte, denen sich einige zusätzliche und vorübergehende Bestimmungen anschließen, und enthält 139 Artikel. Das System ist ein vollkommen klares und folgerichtiges, die Redaktion knapp und präcis, der Inhalt frei von verdunkelnder Abstraktion wie von kasuistischer Weitschweifigkeit. Das Formtalent der Franzosen

*) Vergl. z. B. Goldschmidt u. Laband, Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht. XVII S. 519 ff., XVIII S. 106 ff., XIX S. 168 ff.

scheint im Verein mit deutscher Wissenschaftlichkeit in der Werkstätte des Gesetzes thätig gewesen zu sein.

An der Spitze steht eine Definition der Handelsgesellschaft:

„H.-G. sind diejenigen Gesellschaften, welche Handelsgeschäfte zum Gegenstande haben."

Dieselbe fehlte im Code de commerce. Wie sehr indessen auch bezüglich der Anwendbarkeit des vorliegenden Spezialrechtes der Schwerpunkt in den gewählten eigenthümlichen Formen der Handelsgesellschaft liegen mag (S. unten), so ist doch die richtige materielle Abgrenzung dieses Gebietes schon für die Entstehung der Handelsgesellschaften von um so größerer Bedeutung, als die letztere dem Privatwillen überlassen ist. Jedenfalls ist der von dem belgischen Gesetze eingeschlagene Weg dem anderen der rein äußerlichen Ernennung von nicht handelsmäßigen Gesellschaften zu Handelsgesellschaften durch das Gesetz *) vorzuziehen.

Alinea 2 des Art. 1 giebt den Art. 18 des Code de c. in passender Umkehrung wieder (Verträge gehen dem Handelsrecht und dies dem bürgerlichen Recht vor).

Den drei Handelsgesellschaftsformen des Art. 19 a. a. O. ist in Art. 2 unseres Gesetzes die Commanditgesellschaft auf Aktien und die Genossenschaft (société coopérative) hinzugetreten.**) Für alle fünf Arten der Handelsgesellschaft enthält derselbe Artikel einen wichtigen Zusatz; er spricht nämlich in unzweideutigen Worten das Prinzip aus, daß eine jede dieser Gesellschaften eine von der ihrer Theilhaber verschiedene juristische Persönlichkeit begründet. Die Anschauungen des Handelsstandes, welche sich in Deutschland nur in vereinzelten Anwendungen des gleichen Grundsatzes Bahn gebrochen haben, (H.-G.-B. Art. 111, 113, 122, 164, 166, 213)***), sind hier in ausgiebigster Weise zur Geltung gelangt. Die Socien treten damit in die Stellung bloßer Garanten zurück. Es bleibt Sache der Praxis, die weitreichenden Konsequenzen zu ziehen, da das Gesetz sich fast ganz mit dem Ausdruck des Prinzipes begnügt (S. jedoch unten, Art. 122).

*) So das deutsche Ges. v. 11. Juni 1870. — cf. über diesen Punkt die Bemerkungen von Endemann in s. Erläuterung des fr. Gesetzes. (Berlin 1870) S. 9 ff. u. von Keyßner, die Aktien-Ges. rc. (Berlin 1873) S. 56 ff.; s. auch Strey das deutsche Handelsgesellschaftsrecht I. (Berlin 1873) S. 42 ff.

**) In Frankreich sind beide Arten Gegenstand des Gesetzes vom 24. Juli 1867 (Tit. 1 u. 3).

***) Vergl. Endemann, das deutsche Handelsrecht. 2. Aufl. S. 171, 249, 284.

Letzteres findet, wie ausdrücklich hervorgehoben wird, keine Anwendung auf die sog. sociétés momentanées und en participation, von denen der 7. Abschnitt handelt. (Code de c. art. 47—50). Gesellschaften, deren Gegenstand in der Ausbeutung von Bergwerken besteht, können, ohne ihren civilrechtlichen Charakter zu verlieren, die Formen von Handelsgesellschaften annehmen, wenn sie sich den Bestimmungen des neuen Gesetzes unterwerfen (Art. 136). Im Uebrigen unterscheidet das Gesetz nicht nach den Zwecken oder Gegenständen der Handelsgesellschaft.**)

Der erste Abschnitt beschäftigt sich weiter mit der Entstehung der Handelsgesellschaften. Abweichend von deutschem Recht (H.-G.-B. Art. 85, Al. 2; 150 Al. 3) wird für alle Arten der Handelsgesellschaft, die soc. moment. und en partic. ausgenommen, die Schriftform erfordert (Art. 4 — wie nach cod. de c. Art. 39). Dagegen ist das Gesetz darin dem deutschen Rechte (H.-G.-B. Art. 174, 208) gefolgt, daß für anonyme Gesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (bei Strafe der Nichtigkeit) die Errichtung durch öffentliche Urkunde vorgeschrieben ist, während in Frankreich selbst bei anonymen Gesellschaften (nach Art. 21 des Ges. v. 1867) eine Privaturkunde genügt. Aber die Strenge des Gesetzes wird dadurch gemildert, daß diese Nichtigkeiten von den Gesellschaftern Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden können.

Die Form der Errichtung, welche auch für jede Abänderung des Statuts vorgeschrieben ist, steht in einem gewissen Zusammenhange mit dem Publikations-Modus. Das belgische Gesetz ist in dieser Beziehung noch strenger als das französische Recht (des Ges. v. 1867). Es müssen nämlich die Gesellschaftsurkunden von anonymen Gesellschaften, Kommandit-Gesellschaften auf Aktien und Genossenschaften vollständig, die der offenen Handelsgesellschaften (en nom collectif) und der einfachen Kommandit-Gesellschaften auszugsweise binnen

*) So sagt Rogron, Code de comm. expliqué (Paris 1868), von der soc. en part.: c'est qu'en effet cette association en diffère par son essence. Les autres sociétés sont des êtres moraux qui ont un nom distinctif sous lequel elles s'offrent à la confiance publique. L'ass. en part. n'a rien de semblable, etc.

**) Abgesehen von der vorübergehenden, auf Eisenbahn- und andere im Interesse des Gemeinwohles konzessionirten Gesellschaften bezüglichen Bestimmung des Art. 139. In Deutschland hat man bekanntlich neuerdings dergleichen Unterscheidungen angeregt. Die Eisenacher Versammlung hat dieselben indessen verworfen.

15 Tagen nach der Aufnahme bei den dazu bestellten Beamten deponirt und binnen weiteren 10 Tagen durch den Moniteur veröffentlicht werden. *) (Art. 6—12) Die Publizität wird ferner noch dadurch verstärkt, daß die Bekanntmachungen demnächst in den Gerichtsschreibereien der Gerichte zu Jedermanns Einsicht asservirt werden. (Art. 10.)

Hinsichtlich der an die Unterlassung der Publikation geknüpften Nachtheile ist ein gemischtes System angenommen. Es wird nämlich bei verspäteter Veröffentlichung eine besondere Einregistrirungsgebühr (von 1 pro Mille des Gesellschafskapitals) erhoben. Außerdem aber sind (anders als in Deutschland) zivilrechtliche Nachtheile angedroht, und zwar ist das kontroverse „à peine de nullité à l'égard des intéressés" des Code (Art. 42), welches auch in Art. 56 des franz. Ges. v. 1867 übergegangen ist, **) zweckmäßig in die deklarativen Bestimmungen aufgelöst, daß Klagen der Gesellschaft vor erfolgter Publikation ihres Status nicht angenommen werden ***) und daß die Gesellschafter sich Dritten gegenüber, welche vor der Veröffentlichung mit ihnen verhandelt haben, nicht auf die Gesellschaftsurkunden berufen können. Auch wiederholt unser Gesetz die Bestimmung des Code, daß der Mangel der Veröffentlichung von den Gesellschaftern Dritten nicht entgegengehalten werden kann. †) Die Gesellschaften des 7. Abschnittes sind allen diesen Förmlichkeiten nicht unterworfen.

An die Bestimmungen über die Publikation schließt sich noch eine allgemeine Vorschrift von zum Theil selbstverständlichem Inhalt und von mehr instruktioneller als kategorischer Bedeutung: daß die Gesellschaften nämlich durch ihre geschäftsführenden Gesellschafter (gérants)

*) Nach dem Code de c. art. 42 war außer der Einschreibung in das von dem Gerichtsschreiber des Handelsgerichts zu führende Register nur ein dreimonatlicher Aushang eines Auszuges im Audienzsaal desselben Gerichtes vorgeschrieben. Nach dem franz. Ges. v. 1867 erfolgt stets nur die Publikation eines Auszuges. Ebenso nach deutschem Recht (s. H.-G.-B. Art. 176, 210 in Verbindung mit Art. 86—88, 151—156). Eine Vervollständigung dieser Vorschriften empfiehlt das Gutachten von Behrend, (Zur Reform des Aktiengesellschaftswesens) S. 54.

**) Die sich an diese Bestimmungen knüpfende Kasuistik s. bei Rogron S. 181 ff. Pardessus n° 1009.

***) Aehnlich spanisches H.-G.-B. Art. 28.

†) Dasselbe muß natürlich auch nach deutschem Recht angenommen werden. (S. Endemann Handelsrecht S. 176) Die Eintragung in das Handelsregister hat indessen eine gewisse materielle Bedeutung (s. H.-G.-B. Art. 110, 163, 178, 211).

oder durch Verwalter (administrateurs) — Beamte der Gesellschaft — handeln, deren Befugnisse durch das Statut oder durch später in Ausführung des Statuts vollzogene Urkunden geregelt werden (Art. 13). Der Schwerpunkt liegt offenbar in dem Relativsatz. Derselbe gewinnt erst Leben durch die weiterhin gegebenen Spezialbestimmungen für die einzelnen Gesellschaftsarten. Es ist zunächst daran zu erinnern, daß der bei Kollektiv-Gesellschaften und einfachen Kommandit-Gesellschaften zu veröffentlichende Statutenauszug u. A. die Bezeichnung der Gesellschafter enthalten muß, welchen die Geschäftsführung und die Unterzeichnung Namens der Gesellschaft zusteht (Art. 7). Bei Kollektiv-Gesellschaften kann jeder Sozius die Gesellschaft verpflichten (Art. 22). Sein stillschweigendes Generalmandat ist weiter als das des gemeinen bürgerlichen Rechtes, welches gewisse Akte ausschließt (Code de c. Art. 1988). Bei Kommandit-Gesellschaften auf Aktien ist besonders eingeschärft, daß die geschäftsführenden Gesellschafter in der Konstituirungs-Urkunde angegeben sein müssen und daß ihnen die Geschäftsführung mit den in den Statuten normirten Rechten obliegt (Art. 77 u. 79). Die Administratoren von anonymen Gesellschaften haben Mangels entgegenstehender statutarischer Bestimmungen die Befugniß, alle Verwaltungsgeschäfte vorzunehmen und in allen Prozessen im Namen der Gesellschaft aufzutreten (Art. 44). Die Mandatare der Genossenschaften (Genossenschafter oder nicht), welchen die Verwaltung der Genossenschaftsangelegenheiten obliegt, und der Umfang ihrer Befugnisse müssen in der Konstituirungs-Urkunde angegeben sein (Art. 86, 88 Ziff. 3). Bemerkenswerth ist überall die weitgehende (für die Verkehrssicherheit bedenkliche) Autonomie der Gesellschaften, während nach deutschem Prinzip das Mandat der geschäftsführenden Gesellschafter und der Gesellschaftsvorstände ein generelles und nach Außen unbeschränkbares ist. Abgesehen von den offenen und den anonymen Gesellschaften fehlt es in dieser Beziehung sogar an Naturalien.

Der zweite Abschnitt wendet sich zu den Kollektiv-Gesellschaften. Das Gesetz beschränkt sich auf die Wiederholung der wenigen Sätze des Code de c. (art. 20—22), worunter der wichtigste der bereits oben angedeutete, daß die Gesellschafter solidarisch für alle Verpflichtungen der Gesellschaft haften, auch wenn dieselben nur von einem der Gesellschafter unter der Gesellschaftsfirma eingegangen sind (Art. 15—17).[1]

[1]) Die solidarisch haftenden Gesellschafter und die Firma müssen in dem zur Publikation bestimmten Auszuge aus dem Gesellschaftsvertrage angegeben sein (Art. 7).

Die Definition der einfachen Kommandit-Gesellschaft, von welcher der dritte Abschnitt handelt (Art. 18), ist die des Code de c. art. 23 [1]), welche im Wesentlichen mit der des Allgem. D. H.-G.-B. (Art. 150) übereinstimmt. Letzteres gilt auch von der folgenden Vorschrift über den Inhalt der Firma (Art. 19 des belg. Ges. — Code de c. art. 23, 25 — vergl. mit Art. 17 des Allg. D. H.-G.-B.). Dieselbe Uebereinstimmung findet sich hinsichtlich der Kombination der Grundsätze von der offenen und von der Kommandit-Gesellschaft beim Vorhandensein mehrerer persönlich haftender Gesellschafter (Art. 20 d. G. — vergl. mit Code de c. art. 24 — Allg. D. H.-G.-B. Art. 150 Abs. 2). Die folgenden Bestimmungen beschäftigen sich mit dem Rechtsverhältniß der Kommanditäre. Daß diese nicht blos Gläubiger oder stille Gesellschafter im alten, engeren Sinne sind, zeigt sich schon darin, daß der zu publizirende Auszug des Gesellschaftsvertrages die genaue Bezeichnung der Kommanditäre, welche Werthe einzuschießen haben, unter Angabe der Verbindlichkeiten eines jeden neben der Angabe der als Kommandit-Kapital eingeschossenen oder einzuschießenden Summe enthalten muß (Art. 7). Der Kommanditär haftet nämlich (wie nach d. D. H.-G.-B. Art. 165) in gewisser Weise auch nach Außen. Er ist wirklicher Mitschuldner, aber nur bis zum Betrage der (gezahlten resp.) versprochenen Einlage (Art. 21). Das Gesetz ist sogar noch strenger als das deutsche: die Kontroverse des französischen Rechtes über eventuelle Rückerstattung bezogener Dividenden [2]) ist dahin entschieden, daß dieselben unbedingt zu restituiren sind, wenn sie nicht wirklichen Gesellschaftsgewinnen entsprechen; der Kommanditär behält nur Regreß gegen den schuldigen Geranten (Art. 21), während in Deutschland der gute Glaube umfassenderen Schutz findet (Art. 165, Abs. 6 d. H.-G.-B.). Gerirt sich der Kommanditist nach Außen als Geschäftsführer, so wird er persönlich haftbar. Diesen Grundsatz des französischen (Code de c. art. 27, 28, Ges. v. 6. Mai 1863) wie des deutschen Rechtes (H.-G.-B. Art. 167, 168) hat das Belgische Gesetz noch etwas weiter entwickelt (Art. 22, 23). Hat der Kommanditär die Angelegenheiten der Gesellschaft gewöhnlich besorgt, so haftet er

[1]) Für die persönlich haftenden Gesellschafter ist der technische Ausdruck „commandités" in das Gesetz eingeführt. Dagegen ist für die „commanditaires" der im Code alternativ gebrauchte terminus „associés en commandite" entfernt worden.

[2]) S. Rogron S. 48 ffg. Der Kassationshof in Paris hat in dieser Frage sehr geschwankt, sich aber zuletzt gleichfalls für die strengere Meinung erklärt.

selbst für solche Verpflichtungen, welche er nicht selbst eingegangen ist.[1])

Der reichhaltigste Abschnitt ist der folgende, welcher von den anonymen Gesellschaften (Aktien-Gesellschaften) handelt. Er enthält 47 Artikel in 9 Unterabtheilungen (§§). Die Definition: „Eine anonyme Gesellschaft ist die, in welcher die Gesellschafter sich nur zu einer bestimmten Einlage verpflichten," ist neu, aber der vollständigeren des deutschen H.-G.-B. schwerlich vorzuziehen. Die negativen und positiven Bestimmungen über die Firma sind aus dem Code (art. 29, 30) entnommen.[2]) Zur Lösung entstandener Zweifel[3]) ist aber die Vorschrift hinzugekommen, daß die Bezeichnung von der aller anderen Gesellschaften verschieden sein muß, widrigenfalls Abänderung und Schadensersatz gefordert werden kann (Art. 28).[4])

Eine wichtige Reform ist in der Lehre von der Konstituirung der Aktien-Gesellchaft vollzogen. Nur die materiellen Bedingungen einer Minimalzahl von 7 Gesellschaftern, der vollständigen Zeichnung des Gesellschafts-Kapitales und der Einzahlung von mindestens 1/20 des in baarem Gelde bestehenden Kapitales[5]) erinnern an das französische Vorbild (des Gesetzes von 1867). Demnächst aber sind die beiden Fälle einer Aufbringung des Kapitales mittelst Zeichnung (souscription) und eines sofortigen Zusammentretens der fertigen Gesellschaft streng geschieden. In dem letzteren einfacheren Falle wird unter Theilnahme aller Gesellschafter durch einen oder mehrere authentische Akte die Erfüllung der gesetzlichen Bedingungen konstatirt. Im Falle einer Auflegung zur Zeichnung dagegen tritt den Aktionairen in den sogen. Gründern (fondateurs), denen hier, in weiterer Ausbildung des in dem franz. Gesetze von 1867 nur angedeuteten Instituts (Art. 21, 25, 42 das.), eine juristisch bestimmte Stellung

---

[1]) Es folgt noch eine Bestimmung über die Erfordernisse und Wirkung einer Zession von Kommanditantheilen sowie eine bei der Berathung im Senate neu eingeschaltete Vorschrift, wonach unter Umständen durch den Vorsitzenden des Civilgerichts ein provisorischer Verwalter an Stelle des geschäftsführenden Gesellschafters ernannt werden kann (Art. 24, 25).

[2]) Aehnlich A. D. H.-G.-B. Art. 18.

[3]) Rogron S. 60.

[4]) Weniger streng A. D. H.-G.-B. Art. 20, 27.

[5]) In Frankreich 1/4 — Art. 55 d. Ges. v. 1867 — in Deutschland 1/10 resp. 1/4 Art. 209a des H.-G.-B.

angewiesen wird [1]), ein besonderes Element gegenüber. Die vorangehende **Veröffentlichung** des Gesellschaftsstatuts **als Projekts** ist obligatorisch. [2]) Die Zeichnungen müssen in doppelter Ausfertigung geschehen und die wesentlichen Daten, namentlich die Einlagen (apports) und deren Bedingungen, sowie die den Gründern gewährten besonderen **Vortheile** angeben, auch die Berufung der Zeichner zu einer Versammlung enthalten, welche binnen drei Monaten vor einem Notar abzuhalten ist. In dieser Versammlung haben die Gründer den Zeichnern die Erfüllung der obengedachten gesetzlichen Erfordernisse nachzuweisen. Erst wenn alsdann die Mehrzahl der **außer den Gündern** anwesenden Zeichner nicht widerspricht, erklären die Gründer die Gesellschaft für konstituirt. Das authentische Protokoll über diese Versammlung, welches die Zeichnerliste und den Betrag der geschehenen Einzahlungen (jeder Zeichner hat mindestens 1/20 des gezeichneten Betrages bei der Zeichnung zu entrichten) enthält, konstituirt die Gesellschaft definitiv. Die Gründer haften den Interessenten (weiter als nach dem franz. Ges. Art. 42) solidarisch für den Mangel oder die Unrichtigkeit der für die Zeichnungsurkunden vorgeschriebenen Angaben sowohl, als für die aus dem Mangel der authentischen Urkunde oder eines der gesetzlichen Erfordernisse herrührende Nichtigkeit der durch sie gegründeten Gesellschaft.

Die Nachwirkungen der Gründungsperiode sind in diesen Bestimmungen sehr deutlich erkennbar. Das Gesetz will vermeiden, daß die Gründer, wie bei uns sehr häufig, [3]) in der ersten, konstituirenden Generalversammlung verschwinden und diese nur als ein bequemes Mittel zur Legalisirung ungesetzlicher Vortheile benutzen. Daher die genaue Sonderung der Gründer und der ersten Zeichner und die Präzisirung der den ersteren auferlegten Pflichten. Ob sich das neue System bewähren wird und nicht ebenfalls Schlupfwinkel genug für Betrügereien darbietet, muß freilich erst die Zukunft lehren.

Aus der folgenden Abtheilung, „**von den Aktien und deren Uebertragung**“, ist das Bemerkenswertheste, daß die Zeichner von Aktien **ohne Rücksicht auf entgegengesetzte Vereinbarungen**

[1]) Aehnliches hat auch die Eisenacher Versammlung vorgeschlagen — s. bei Strey a. a. O. S. 337. Dagegen erklärt Wiener in s. bek. Gutachten S. 10 Gründer und Zeichner lediglich für Genossen einer und derselben Gründungs-Gemeinschaft. Bedenken hiergegen s. bei v. Strombeck, „Zur Reform der Aktiengesetzgebung“ S. 28. Vgl. auch Strey a. a. O. S. 345 ff.

[2]) Einen Prospekt verlangt, obschon bedingt, auch Wiener S. 11.

[3]) Das. S. 7 ffg.; Goldschmidt, Gutachten S. 30; Behrend, Gutachten S. 41 ffg. Auerbach a. a. O. S. 11.

für den ganzen gezeichneten Betrag verantwortlich bleiben. [1]) Die Aktien bleiben bis zu ihrer vollständigen Liberation Namens-Aktien. Die Inhaber-Aktie enthält u. A. den summarischen Bestand der Einlagen (apports) und die Bedingungen, unter denen dieselben begegeben sind, die den Gründern zugetheilten besonderen Vortheile, den Tag und die Stunde der jährlichen Generalversammlung. [2]) Mindestens einmal jährlich ist die Lage des Gesellschaftskapitales am Schlusse der Bilanz zu veröffentlichen, und zwar unter Angabe des eingezahlten und des von den einzelnen namhaft zu machenden Aktionären noch zu zahlenden Betrages.

Auch diese Bestimmungen enthalten eine wichtige Fortbildung des französischen Rechtes, welches eine statuarisch vorgesehene Befreiung der ersten Zeichner nach Ablauf von zwei Jahren gestattet, sobald die Hälfte des Nominalbetrages eingezahlt ist. Der Zweck ist klar. Die Ernstlichkeit der Zeichnung soll verstärkt, die Agiotage, welche sich erfahrungsmäßig besonders an nicht vollgezahlte Aktien heftet, erschwert werden. Besonders aber will das Gesetz das Publikum stets in genauer Kenntniß von dem Umfange des Aktienkapitales, dem Werth der Einlagen und der Gründervortheile erhalten.

Nicht unerheblich sind auch die Aenderungen in der inneren Organisation der Aktiengesellschaften. Die Verwaltung liegt in den Händen von mindestens drei Mandatarien, welche durch die Konstituirungsurkunde oder durch Beschluß der Generalversammlung längstens auf 6 Jahre ernannt werden und eine gewisse Anzahl von Aktien zur Sicherheit der Gesellschaft deponiren müssen. [3]) Sie gehen keine persönliche Verbindlichkeit für die Gesellschaft ein, haften dagegen solidarisch für alle aus Verletzungen des Gesetzes oder der Statuten hervorgehenden Schäden. [4]) Neben diesen Administratoren können zur Be-

---

[1]) Dies fordert auch Goldschmidt, S. 34, und Behrend, S. 51, 52, sowie Strey S. 341 u. Auerbach S. 82 ff. — mit leichter Modifikation — S. 85., während Wiener, S. 18, 19, sich für Aufrechthaltung der Vorschrift des A. D. H.-G.-B. (Art. 222) ausspricht, wonach nach Einzahlung von 40 Prozent (landesgesetzlich 25 Prozent) die Befreiung der ersten Zeichner gestattet ist.

[2]) Dies rühmt Behrend S. 54. Auch ich halte die Bestimmung für praktisch.

[3]) Gegen diese Bestimmung als unpraktisch und unzureichend erklärt sich Behrend, S. 70.

[4]) Für ihre Unparteilichkeit ist noch durch die auch in Deutschland begehrte Vorschrift gesorgt, daß jeder Administrator von einem etwaigen Spezial-Interesse den Verwaltungsrath (protokollarisch) zu unterrichten und sich der Theilnahme an den bezüglichen Berathungen zu enthalten habe (Art. 50). Vergl. Art. 40 d. franz. Ges. v. 1867.

sorgung der laufenden Geschäfte oder zur Vertretung der Gesellschaft nach Maßgabe der Statuten Beamte bestellt werden (directeurs, gérants ou autres agents).

Als Aufsichtsorgan fungiren ein oder mehrere Kommissarien, welche auf längstens 6 Jahre, das erste Mal durch die Konstituirungsurkunde, dann durch die Generalversammlung (die auch die Emolumente bestimmt) [1]) ernannt werden und die statutarisch bestimmte Kaution in Aktien der Gesellschaft bestellen müssen. Sie haben eine unbeschränkte Aufsichts- und Kontrolbefugniß über alle Unternehmungen der Gesellschaft; alle halben Jahre empfangen sie durch die Administratoren einen Status über Aktiva und Passiva; das Ergebniß ihrer Prüfung mit geeigneten Vorschlägen haben sie der Generalversammlung mitzutheilen.

Fakultativ ist die (statutarische) Bildung eines conseil général aus den beiden Kollegien der Administratoren und der Kommissarien.

Mindestens alljährlich ist eine Generalversammlung abzuhalten. [2]) Der Verwaltungsrath und die Kommissarien können dieselbe berufen; sie müssen sie berufen, wenn von Aktionären, die ein Fünftel des Gesellschaftskapitales repräsentiren, darauf angetragen wird. Die Generalversammlung hat die ausgedehntesten Befugnisse zur Vornahme und Bestätigung von Handlungen, welche das Interesse der Gesellschaft berühren. [3])

Mindestens 1 Monat vor der ordentlichen Generalversammlung legt die Administration das von ihr aufzunehmende Inventar, die Bilanz und das Gewinn- und Verlust-Konto nebst einem Bewaltungsbericht den Kommissarien vor, welche ihrerseits in einem Berichte ihre Vorschläge zu machen haben. Von den Netto-Erträgen ist mindestens $^1/_{20}$ so lange zu einem Reservefonds zu sammeln, bis derselbe ein Zehntel des Stammkapitales erreicht hat. [4])

Vierzehn Tage vor der Generalversammlung muß die Bilanz, das Gewinn- und Verlust-Konto sowie das Verzeichniß der Aktionäre (nach Namen, Domizil und Aktienzahl) am Sitze der Gesellschaft zu deren Einsicht offen liegen. Die Generalversammlung

[1]) Diese Bestimmung tadelt Behrend, S. 69, als unpraktisch, wohl nicht ohne Grund.

[2]) Ort, Tag und Stunde sind durch die Statuten anzugeben (Art. 60).

[3]) Statutenänderungen können nur mit einer Majorität von $^3/_4$ der Stimmen beschlossen werden, wenn die Erschienenen die Hälfte des Gesellschaftskapitales repräsentiren (Art. 59).

[4]) So auch Art. 36 d. franz. Ges. v 1867.

nimmt die Berichte entgegen und diskutirt die Bilanz. Der Verwaltungsrath kann die Versammlung während ihrer Sitzung ein Mal auf drei Wochen mit der Wirkung vertagen, daß alle gefaßten Beschlüsse annullirt werden. Die Annahme der Bilanz gilt als Entlastung mit gewissen Vorbehalten.[1]

Die Bilanz und das Gewinn- und Verlust-Konto sind 14 Tage nach ihrer Genehmigung in derselben Weise wie das Statut zu veröffentlichen.

Der Rahmen dieser Organisation ist ungefähr der des französischen Gesetzes. Indessen ist doch namentlich die Stellung der „commissaires" eine wesentlich verschiedene und sehr viel bedeutendere.[2]) Die französischen commissaires sind im Wesentlichen nur Rechnungsrevisoren mit bestimmten, abgegrenzten Befugnissen, während die des belgischen Gesetzes einen wirklichen Aufsichtsrath darstellen. In den Bestimmungen über die Generalversammlung ist vor Allem die Sorge für deren vollständige Information erkennbar. Auf diese Weise wird die Selbstthätigkeit der Aktionaire angeregt und verhütet, daß die Generalversammlung zu einer bloßen Schein-Vertretung herabsinkt. Dagegen hat das Gesetz es — wohl mit Recht — vermieden, speziellere Vorschriften über Form und Inhalt der Bilanz — wie nach deutschem Gesetz[3]) — zu ertheilen. Nur das ist bestimmt, daß in der Bilanz und dem Gewinn- und Verlust-Konto die nothwendigen Amortisationen angegeben sein müssen (Art. 62).

Durch die Bestimmung, daß in allen Urkunden ꝛc. der Gesellschaft unmittelbar hinter deren Namen, die Bezeichnung „Anonyme Gesellschaft" stehen soll, ist, wie nach französischem Recht (Ges. v. 1867 Art. 64) dafür gesorgt, daß dem Publikum die beschränkte Haftbarkeit der Theilhaber stets vor die Augen geführt wird. Wird das Kapital der Gesellschaft angegeben, so muß dies dasjenige sein, welches aus der letzten Bilanz hervorgeht. Die Wirksamkeit dieser Bestimmungen ist dadurch verschärft, daß die Uebertretung nicht blos (wie nach franz. Gesetz) mit Geldstrafe bedroht, sondern daran eine civilrechtliche Verantwortlichkeit geknüpft ist (Art. 67).

[1]) Die Aufsichtsorgane haben also nicht das Recht der Decharge-Ertheilung, wie nach Art. 239 b. A. D. H.-G.-B. zulässig.

[2]) Hierauf haben bereits Behrend, S. 67 ffg., u. Wiener, S. 19, hingewiesen.

[3]) Gegen diese Bestimmungen des Ges. v. 1870 Behrend, S. 79, Keyßner, S. 208 ffg. Auerbach S. 277 ffg.

Nachdem sodann das Gesetz beschränkende Vorschriften über die Emission von Obligationen, welche mittelst Verloosung, und zwar zu einem höheren Betrage als dem der Emission einlösbar sein sollen, (in den Art. 68—70) ertheilt hat, [1]) um den gerade auf diesem Gebiete häufig vorgekommenen Mißbräuchen entgegenzuwirken, wendet sich dasselbe zu der Lehre von der Dauer und Auflösung der anonymen Gesellschaft. Mit Ausnahme derjenigen Gesellschaften, welche die Ausbeutung einer staatlichen Konzession zum Gegenstande haben, darf die Dauer einer anonymen Gesellschaft 30 Jahre nicht überschreiten.[2]) Bei Kapitalsverlust ist die Auflösung erleichtert. Schon wenn die Hälfte[3]) verloren (nach franz. Ges. Art. 37 erst bei Verlust von Dreiviertel) müssen die Administratoren der Generalversammlung die Frage der Auflösung der Gesellschaft unterbreiten. Sind drei Viertel des Kapitales verloren, so kann die Auflösung von den Besitzern eines Viertels der in der Versammlung vertretenen Aktien ausgesprochen werden (Art. 72). Andererseits ist die Auflösung bei Herabsinken der Zahl der Gesellschafter auf weniger als 7 erschwert, indem die Frist (nicht wie nach franz. Recht 6 Monate, sondern) 1 Jahr beträgt (Art. 38).

Umgekehrt wie nach franz. Recht (Ges. von 1867) gestaltet sich die Lehre von der Kommandit-Gesellschaft auf Aktien (Abschn. 5) zu einem Appendix der Lehre von der Aktiengesellschaft, deren Grundsätze vielfach analoge Anwendung erfahren. Diese Wandelung entspricht der geschichtlichen Entwickelung. Mit dem Wegfall des Konzessionirungszwanges für die anonymen Gesellschaften kehrt die Kommandit-Gesellschaft auf Aktien in ihre natürliche Stellung zurück und hört ebendamit auf, als Regel und Vorbild für die Formen der Aktien-Betheiligung zu gelten. Alle Bestimmungen für anonyme Gesellschaften finden mit Ausnahme der Modifikationen, welche der vorliegende Abschnitt enthält, auch auf die Kommandit-Ges. auf Aktien Anwendung (Art. 76). Zu diesen Modifikationen gehören vorzugsweise die Vorschriften über das Verhältniß der persönlich haftenden

---

[1]) Hinsichtlich der Zeit der Emission, des Betrages, der Zinsen und der Einlösung bei Verloosung sowie im Falle der Liquidation.

[2]) Indessen ist Verlängerung auf fernere 30 Jahre in den Formen der Statutenänderung zulässig.

[3]) Auch nach Art. 240 d. A. D. H.-G.-B. muß in diesem Falle eine Generalversammlung berufen und derselben Anzeige gemacht werden.

Gesellschafter. Die Statuten haben zu bestimmen, wer von denselben die Geschäfte zu führen hat, und welche Rechte ihm zustehen (Art. 79). Die Geschäftsführer, welche neben 2 Kommissaren die Aktien zu unterzeichnen haben, sind als Gründer der Gesellschaft verantwortlich. Nur im Einvernehmen mit ihnen kann die Generalversammlung der Aktionäre im Verhältniß zu Dritten Handlungen vollziehen oder genehmigen oder die Statuten ändern.[1] Mit dem Tode des Geschäftsführers erlischt die Gesellschaft vorbehaltlich entgegenstehender Vereinbarungen.[2] Obligatorisch (wie bei dieser Gesellschaftsart auch nach d. franz. Ges.) ist ein Aufsichtsrath (conseil de surveillance) aus mindestens drei „Kommissaren" bestehend, dessen Genehmigung gewisse Handlungen statutarisch vorbehalten werden können. Im Falle des Todes, der Verhinderung oder Unfähigkeit eines Geschäftsführers können die Kommissare einen Administrator ernennen, der die eiligen und laufenden Geschäfte bis zum Zusammentritt der binnen 14 Tagen zu berufenden Generalversammlung zu führen hat. Schriftstücke der Gesellschaft brauchen nicht unbedingt (wie nach franz. Recht), sondern nur, wenn die Gesellschaft darin eine besondere Benennung annimmt, die Bezeichnung „Kommandit-Gesellschaft auf Aktien" zu tragen.[3]

Die fortschreitende intensive und extensive Entwickelung des Genossenschaftswesens spiegelt sich in dem von dieser Gesellschaftsgattung (den sociétés coopératives) handelnden 6. Abschnitte ab. Das franz. Ges. von 1867 betrachtet die Gesellschaft mit veränderlichem Kapitale noch wie eine bloße Modifikation der übrigen Gesellschaftsformen und beschränkt sich auf wenige Singularbestimmungen. Das belgische Gesetz behandelt die Genossenschaft dagegen als eine eigenthümliche Form der Handelsgesellschaft mit ausgebildetem Spezialrechte. Es enthält zahlreiche (essentielle) Normativbestimmungen und die wichtigsten Punkte eines Normal-Statutes. Insofern allerdings besteht eine erhebliche Aehnlichkeit mit dem franz. Institut, daß die Solidarhaft nicht (wie als subsidiarische nach deutschem Recht — Ges. v. 4. Juli 1868 —) un-

---

1) Die Statuten können jedoch dem einen oder anderen Theile weitere Befugnisse beilegen.

2) Auch nach deutschem Gesetz kann bekanntlich bestimmt werden, daß das Austreten eines oder mehrerer persönlich haftender Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft nicht unbedingt nach sich ziehe (H.-G.-B. Art. 199). Vergl. dazu Keyßner S. 277 flg.

3) Bei den Genossenschaften ist die Bezeichnung als solche unbedingt vorgeschrieben (Art. 102) bei Vermeidung persönlicher Haftbarkeit (Art. 103).

bedingt, sondern nur neben der (proratarischen und) auf einen gewissen Werthbetrag beschränkten Haftbarkeit zur Auswahl gestellt ist.[1]) Wird indessen nichts Abweichendes bestimmt, so gilt Solidarhaft. Das Charakteristische ist, wie nach franz. Recht, die Veränderlichkeit der Personen und der Einlagen und damit des Gesellschaftskapitales, außerdem aber die Unübertragbarkeit der Geschäftsantheile.[2]) Die Genossenschaft muß aus mindestens 7 Personen bestehen; ihre Benennung darf keine Gesellschaftsfirma sein. Die Konstituirungsurkunde hat u. A. die Art und Weise der Bildung des Gesellschaftsvermögens und dessen Minimalbetrag[3]), sowie die Bedingungen des Eintrittes, Austrittes und Ausschlusses der Mitglieder sowie der Rückzahlung der Einlagen anzugeben. Die Verwaltung liegt in den Händen eines oder mehrerer Mandatare (Genossenschafter oder nicht). Ist in den Statuten nichts Abweichendes bestimmt, so werden, ebenso wie bei anonymen Ges., 3 Kommissare zur Beaufsichtigung der Verwaltung bestellt. Jede Genossenschaft muß ein — kostenfrei von einem Handelsrichter oder dem Ortsbürgermeister zu kotirendes, zu paraphirendes und zu visirendes — Register führen, wodurch eine fortlaufende Kontrole über Personen und Einlagen der Theilhaber bewirkt wird. Jeder austretende oder ausgeschlossene Gesellschafter bleibt noch 5 Jahre lang haftbar (wie nach franz. Rechte). Als besondere Maßregeln im Interesse Dritter sind auch jährliche Inventur, Bildung eines Reservefonds, wie bei der anonymen Gesellschaft, und Deposition der genehmigten Bilanz sowie der Mitgliederlisten (dieser alle 6 Monate) auf der Gerichtsschreiberei des Handelsgerichtes vorgeschrieben. Das Publikum kann von diesen Schriftstücken jederzeit Kenntniß nehmen und davon Abschriften verlangen.

Neben den vorstehend behandelten Gesellschaftsformen erwähnte der Code de c. nur noch die associations commerciales en

---

[1]) Auch das österreichische Gesetz v. 9. April 1873, welches sich sonst wesentlich dem Vorgange des deutschen Gesetzes anschließt, stellt den Genossenschaften die Wahl zwischen beschränkter und unbeschränkter Haft frei. Beachtenswerthe Einwendungen hiergegen erhebt Schultze-Delitzsch in dem Aufsatze „Gegenwart" 1873, Nr. 52 S. 412 ffg.

[2]) Anders nach Art. 50 d. franz. Ges. Dessenungeachtet wird auch nach d. belg. Ges. über jeden Geschäftsantheil eine Art Namens-Aktie ertheilt (Art. 98).

[3]) Nach franz. Ges. Art. 50 nicht unter ein Zehntel des ganzen Gesellschaftskapitales. Vor Einzahlung dieses Minimums ist die Gesellschaft nicht definitiv konstituirt.

participation (die sich auf ein oder mehrere Handelsgeschäfte beziehen). Das vorliegende Gesetz unterscheidet von der „association en participation" (d. h. der Theilnahme an Geschäften, welche Andere in eigenem Namen machen) die association momentanée, d. h. die Gesellschaft, welche die Ausführung eines oder mehrerer einzelner Handelsgeschäfte ohne Gesellschaftsfirma zum Gegenstande hat. Für diese gilt die wichtige Bestimmung, daß die Socien daraus solidarisch Dritten gegenüber verpflichtet werden. [1]) Abgesehen von diesem handelsrechtlichen Prinzip ist Alles, wie nach dem Code, der freien Vereinbarung überlassen (Art. 108—110).

Die folgenden Abschnitte enthalten wiederum allgemeine Vorschriften für alle Gesellschaftsarten: Zunächst wird die Liquidation geordnet, bis zu deren Beendigung die aufgelöste Gesellschaft als fortbestehend fingirt wird, wie das Gesetz auszusprechen keinen Anstand nimmt. [2]) Den Liquidationsmodus bestimmt die Generalversammlung, bei offenen Ges. und einfachen Kommandit-Ges. jedoch nur mit Dreiviertel-Majorität, (d. h. des Gesellschaftsvermögens) sonst das Gericht. Die Befugnisse der Liquidatoren sind genau begrenzt. [3]) Zur Fortführung des Geschäftsbetriebes und zu gewissen wichtigeren Akten bedürfen sie der Genehmigung der Generalversammlung, welcher alljährlich über die Ergebnisse der Liquidation zu berichten ist. [4]) Nach Beendigung der Liquidation ist ein Generalbericht zu erstatten, welcher zunächst der Prüfung durch von der Generalversammlung zu ernennende Kommissare, sodann einer neuen Generalversammlung unterliegt. Der Schluß der Liquidation ist in gleicher Weise wie die Konstituirung der Gesellschaft zu veröffentlichen.

In dem Abschnitt „von den Klagen und Verjährungen" wird in erster Linie eine eigenthümliche Konsequenz der juristischen Persönlichkeit der Handelsgesellschaft gezogen. Die Klage gegen die letztere erscheint danach nicht ohne Weiteres als gegen die persönlich haftbaren Gesellschafter gerichtet; die Verurtheilung der letzteren begreift nicht zugleich die der Gesellschaft und umgekehrt. Darum ist

[1]) Sie werden daher direkt und persönlich geladen, während zwischen den Theilhabern einer assoc. en participation und dritten Personen kein direktes Klagerecht stattfindet (Art. 125).

[2]) In etwas verklausulirter Weise drückt sich Art. 144 d. A. D. H.-G.-B. aus.

[3]) Einfacher A. D. H.-G.-B. Art. 137.

[4]) Bei anonymen Gesellschaften wird außerdem die Bilanz veröffentlicht.

verordnet, daß die Verurtheilung der Gesellschaft vorangehen muß, ehwegen Verbindlichkeiten einer Kollektiv-Gesellschaft, einfachen Kommandite Ges. oder Komm.-Ges. auf Aktien die Verurtheilung der persönlich haftenden Gesellschafter resp. Geschäftsführer erfolgen kann.[1]) Die Trennung der letzteren als bloßer Garanten von der Rechtspersönlichkeit der Gesellschaft tritt hierbei deutlich hervor (s. oben). Ferner gewährt das Gesetz wirksame Mittel für die Gläubiger, die Gesellschafter resp. Aktionäre zur Leistung ihrer Einschüsse zu nöthigen. Sie haben nicht nur gegen diese ein direktes Klagerecht (die actio utilis der Gesellschaft — Code civ. art. 1166) auf Leistung der nach Statuten, Gesellschaftsbeschlüssen oder Urtheilen fälligen Zahlungen,[2]) sondern können auch gegen die Gesellschaft selbst die statutarisch stipulirten Einzahlungen, sofern sie zur Sicherung ihrer Rechte nothwendig sind, gerichtlich verfügen lassen.[3]) Wie hiernach für die Sicherung der Gläubiger in ausgiebiger Weise gesorgt ist, so erfreuen sich auch die Individualrechte der Aktionäre resp. Genossen eines umfassenden Schutzes. Unter außerordentlichen Umständen kann nämlich auf Antrag solcher Betheiligten, welche den fünften Theil der Gesellschaftsantheile besitzen, nach Anhörung der Gesellschaft das Handelsgericht einen oder mehrere Kommissare zur Verifizirung der Bücher und Rechnungen der Gesellschaft ernennen. Der Bericht der letzteren ist in der Gerichtsschreiberei zu hinterlegen.[4]) Schließlich nimmt der Abschnitt die fünfjährige Verjährungsfrist des Code für alle Klagen gegen Aktionäre oder Gesellschafter nach erfolgter Publikation ihres Ausscheidens oder der Auflösungsurkunde oder nach Ablauf ihrer bestimmten Zeitdauer auf und erweitert dieselbe auf Klagen gegen Liquidatoren, Administratoren, Geschäftsführer, Kommissarien ꝛc.; eine persönliche Klage von

---

[1]) Bei Vorberathung des A. D. H.-G.-B. ist die Frage bekanntlich gleichfalls erörtert. Indessen ist man nur zu dem negativen Resultate gelangt, die dem belgischen Gesetze sich nähernde Vorschrift des preuß. Entwurfes, Art. 117, zu streichen.

[2]) Auch diese Frage ist bei der Vorberathung des A. D. H.-G.-B. streitig geblieben (Prot. S. 1100 ffg.). Indessen ist nach der richtigen Meinung auf Grund des Art. 165 H.-G.-B. wenigstens für Komm.-Ges. ein direktes Klagerecht der Gläubiger anzunehmen.

[3]) Die Gesellschaft kann die Klage durch Zahlung der Schuld nach Abzug des Diskontos abwenden (Art. 123).

[4]) Aehnliche auch nach englischem Recht bestehende Sicherungsmittel werden neuerdings auch in Deutschland vielfach verlangt. — Wiener S. 25, Behrend S. 85 ffg., etwas eingeschränkter v. Strombeck S. 59, Strey S. 345.

Aktionären muß jedoch, wenn die Generalversammlung die Geschäftsführung genehmigt hat, innerhalb eines Jahres nach der Genehmigung angestellt werden (Art. 127).

Der zehnte Abschnitt enthält ein Stück internationales Recht. Ausländischen Gesellschaften wird in Belgien ipsa lege das Recht zum Geschäftsbetrieb und persona standi in judicio gewährt.[1] Für die Unterwerfung unter das belgische Recht ist der Ort der Hauptniederlassung entscheidend. Wird in Belgien eine Zweigniederlassung (succursale ou siége quelconque) gegründet, so gelten die auf die Veröffentlichung der Urkunden und Bilanzen sowie auf die Art der Zeichnung einer anonymen Gesellschaft bezugnehmenden Vorschriften auch für die fremde Gesellschaft.

Gegen häufig gerügte Mißbräuche endlich sind die Strafbestimmungen (des 11. Abschnittes) gerichtet. So werden mit einer Strafe von 50—10,000 Francs bedroht: das simulirte Auftreten als Aktionair in der Generalversammlung und das Hergeben von Aktien zu diesem Zwecke.[2] Die gleiche Strafe und nach Befinden Einschließung von 1 Monat bis 1 Jahr trifft die Geranten oder Administratoren wegen betrügerischer Vertheilung von Dividenden oder Zinsen, dieselben wie die Kommissare und Aufsichtsräthe wegen unzulässigen[3] Rückkaufes oder wegen Beleihung von eigenen Aktien[4] oder Gesellschaftsantheilen sowie wegen Uebertretung der die Einzahlungen betreffenden Bestimmungen. Die härtere Strafe des Betruges (escroquerie) trifft die Fälscher von Subscriptions- und Einzahlungslisten sowie überhaupt die betrügerische Herbeiführung von Zeichnungen oder Einzahlungen.[5] Der Beweis kann mit allen Mitteln geführt werden. —

---

[1]) Mehr und mehr entwickelt sich in dieser Beziehung eine Gegenseitigkeit unter den Kulturstaaten. Auch der Bundesrath des deutschen Reiches hat schon im Juni 1872 sich damit einverstanden erklärt, daß vom Präsidium mit auswärtigen Staaten Abkommen getroffen werden, durch welche gesetzmäßig errichtete Aktien-Gesellsch. u. jur. Pers. gegenseitig als rechtsfähig und zum Auftreten vor Gericht befähigt anerkannt werden. Die gesetzliche Anerkennung ist freilich noch ein Schritt weiter.

[2]) Ebenso nach Art. 13 d. franz. Ges. — Ob nach deutschem Recht, selbst bei gerichtlicher oder notarieller Protokollführung (Behrend S. 45, 74, v. Strombeck S. 45) sich eine Anklage begründen läßt, ist sehr zweifelhaft.

[3]) Der Rückkauf aus dem Gewinne (au moyen d'un prélèvement net sur les bénéfices réels) kann statuirt oder beschlossen werden. Anders Allg. D. H.-G.-B. Art. 215. Im franz. Ges. fehlt es an jeder Bestimmung.

[4]) Für eine dementsprechende Verbesserung des deutschen Gesetzes Behrend S. 83.

[5]) Aus Art. 15 des franz. Ges. Vrgl. auch Code pénal art. 405. Behrend S. 59 flg.

Wir sind am Ende. Die vorangegangene Darstellung wird bestätigt haben, daß es sich um eine wohldurchdachte, von klaren Prinzipien ausgehende und mit dem Lebenssafte der Erfahrung getränkte Kodifikation einer wichtigen Rechtsmaterie handelt. Unseres Dafürhaltens ist eine solche Behandlung der Sache erheblich im Vortheile vor dem soeben in einem anderen Nachbarlande eingeschlagenen Wege. Hierüber mögen uns noch einige Worte gestattet sein:

In Oesterreich nämlich, wo die Auswüchse des Gründerwesens am grellsten hervorgetreten waren und das gesammte Wirthschaftsleben noch tief an den Folgen krankt, drang der Strom der öffentlichen Meinung vor Allem auf schnelle Hülfe. Diesem Verlangen zu genügen, hat die Regierung in Form einer Novelle zum H.-G.-B. den Entwurf eines Gesetzes über die Rechtsverhältnisse der Aktien-Gesellschaften und Kommandit-Ges. auf Aktien der gesetzgebenden Versammlung vorgelegt, von welchem gesagt ist, daß er an Schärfe seiner gegen die Korruption gerichteten Bestimmungen kaum noch übertroffen werden könne. Von den Mängeln jeder derartigen Novellen-Gesetzgebung, einer gewissen Ungleichmäßigkeit und kasuistischen Uebertreibung, ist der Entwurf allerdings nicht freizusprechen. Dennoch zeigt sich in dem Inhalte eine nahe Verwandtschaft mit dem oben besprochenen Gesetze, welche darauf deutet, daß eine Anzahl Forderungen und Sätze bereits Gemeingut des modernen Rechtsbewußtseins geworden sind. Ein wichtiger Fortschritt gegen das bisherige österreichische Recht ist vor Allem die Aufgabe des Konzessionirungszwanges, welcher das Land vor jener unheilvollen Periode nicht zu schützen vermocht hat. Gegen Ausbeutung durch die Gründer ist die Verfügung getroffen, daß jeder zu Gunsten Einzelner bedungene besondere Vortheil, namentlich bei Ausgabe neuer Aktien, welche nur kraft Vorherbestimmung des Statuts nach Vollzahlung der alten Aktien und auf Beschluß einer Generalversammlung erfolgen darf, [1]) ferner, wenn Einlagen, die nicht in baarem Gelde bestehen, gemacht oder Anlagen u. s. w. von der Gesellschaft übernommen werden sollen, der Preis dieser Vermögensstücke in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen und mindestens 14 Tage vor der Subskription in den öffentlichen Blättern bekannt gemacht werden muß. Gleichzeitig ist zu veröffentlichen,

[1]) Diese Bestimmung, welche in dem belgischen Gesetze fehlt, halte ich für eminent praktisch. Der Agiotage mit jungen Aktien, der Uebervortheilung der Aktionaire durch gewissenlose Gründer u. Aufsichtsräthe ist damit ein Riegel vorgeschoben.

in welchem Betrage, wo, wann und womit die Einzahlung auf das Grundkapital geschehen ist. Der Anmeldung behufs Eintragung in das Handelsregister muß die vollständige Zeichnungsliste über den ganzen Betrag des Grundkapitales und die Bescheinigung beigefügt sein, daß mindestens 50 Prozent (in Frankreich 25, in Deutschland in der Regel 10, in Belgien nur 5 Prozent) des Nominalbetrages jeder Aktie eingezahlt sind.[1]) Die ersten Zeichner sind für den ganzen Nominalbetrag 3 Jahre lang unbedingt verhaftet.[2]) Die Individualrechte der einzelnen Aktionaire sind wie folgt erweitert: Ein Aktionair oder mehrere, deren Aktien mindestens ein Zehntel des Grundkapitales darstellen, kann bei dem Handelsgerichte, wenn er wahrscheinlich macht, daß bei der Verwaltung der Gesellschaft Unregelmäßigkeiten vorgekommen sind, beantragen, daß ein von ihnen Beauftragter gerichtlich ermächtiget werde, von den Büchern der Gesellschaft Einsicht zu nehmen.[3]) Ferner ist die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane verschärft. Namentlich haften die Aufsichtsraths-Mitglieder persönlich und solidarisch für den durch Nichterfüllung ihrer Obliegenheiten erwachsenden Schaden. Die Strafbestimmungen gegen die Vorstandsmitglieder (mit Androhung von Gefängniß bis zu 3 Monaten) enthalten eine wahre Musterkarte der auf diesem Gebiete vorgefallenen Vergehungen, welche sich unter das allgemeine Strafrecht nur schwer haben subsumiren lassen. Den gleichen Strafbestimmungen unterliegen — zur Verhütung der sogen. Strohmänner-Versammlungen — auch die, welche behufs Gewinnung eines Stimmrechtes sich oder einen Dritten fälschlich als die Eigenthümer von (stimmfähigen) Aktien angeben, oder welche solche Papiere zu jenem Zwecke an Andere bloß zum Schein überlassen. Ausdrücklich verboten und unter Strafe gestellt wird auch der Handel und das Kostgeschäft mit eigenen Aktien.

Wir gehören nicht zu denen, welche von diesen Vorschriften, falls sie Gesetzeskraft erlangen sollten, die Lähmung der (vorläufig ohnehin danieder liegenden) Produktion auf dem Gebiete des Gesellschaftswesens befürchten. Ob dieselben aber, zumal die übermäßig kasuistischen

---

[1]) Bei den Komm.-Ges. auf Aktien braucht die erste Einzahlung (wie nach dem H.-G.-B. Art. 177) nur 25 Prozent zu betragen.

[2]) In diesem Punkte ist der Gesetzentwurf also milder als das belgische Gesetz mit seiner auch zeitlich unbeschränkten Haftung.

[3]) Eine extraordinäre Revision in anderer Form.

und geschärften Strafandrohungen, ihren Zweck erreichen würden, wenn das „Gründen" einmal wieder einen Aufschwung nimmt, ist eine andere Frage. Gerade in Oesterreich, wo die verderbliche Krisis noch in allen Nerven zittert, sollte man sich vor Uebereilung hüten. Jedenfalls haben wir kälteren Norddeutschen volle Veranlassung, uns eher das maßvolle und ruhige, streng methodische Verhalten des belgischen Gesetzgebers zum Vorbilde zu wählen als das rasche Zugreifen des südlichen Nachbarn.

II.

Der Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung.

Von Herrn M. Eccius, Kreisgerichtsrath zu Greifswald.

Im Verlag der Königlichen Geheimen Oberhofbuchdruckerei von R. v. Decker ist zu Ende November 1873 der im Königlich Preußischen Justizministerium auf Veranlassung des Reichskanzleramts ausgearbeitete Entwurf einer Deutschen Konkursordnung unter dem Namen: „Deutsche Gemeinschuldordnung“ mit Motiven erschienen. Der gleichzeitig dem Bundesrath vom Reichskanzler übergebene Entwurf soll nach dem Beschluß des Bundesraths von einer aus Rechtsgelehrten und Gewerbtreibenden zusammengesetzten Kommission durchberathen werden, bevor der Bundesrath selbst als Organ der Reichsgesetzgebung darüber Beschluß faßt. Inzwischen ist es wünschenswerth, daß der Inhalt des Entwurfs in weiteren Kreisen bekannt und besprochen werde. Die umfangreichen Motive desselben (zwei Bände von 380 und 240 Quartseiten und ein Beilageband von 125 Seiten) zeigen, mit welchem Fleiß und welcher Gründlichkeit gearbeitet ist. Je mehr dies der Fall, um so lohnender ist es, den Verfassern des Entwurfs in ihrer Arbeit nachzugehen und die Ergebnisse ihrer Erwägungen zu prüfen.

Die vorliegende Besprechung beabsichtigt hierzu anzuregen und denjenigen, welche an jener wünschenswerthen Selbstthätigkeit behindert sind, einen Ueberblick über den Inhalt des Entwurfs in den Haupttheilen desselben zu gewähren. Bei Erörterung dieses Inhalts wird im Wesentlichen das Verhältniß des neuen Rechts zur Preußischen Konkursordnung von 1855 im Auge behalten werden. Wenn sich der Verfasser der Besprechung neben Darlegung der eignen Ansicht auf die Vergleichung mit diesem Gesetz beschränkt, so ist er sich bewußt daß in seiner Darstellung einer der hervorragendsten Vorzüge des Entwurfs und seiner Begründung nicht hervortreten wird, das erfolgreiche Streben nämlich, der mannigfachen Gestaltung des Civilrechts in den verschiedenen deutschen Staaten gerecht zu werden, indem diese

Vorschriften, soweit sie den Konkurs berühren, theils einheitlich umgestaltet sind, theils dargelegt wird, wie die vorgeschlagene Vorschrift in die mannigfachen geltenden Rechtssysteme in gleicher Weise hineinpaßt. Eine Beschränkung des Stoffes war durch den Umfang der Arbeit geboten. Die allgemeinen Vorzüge des Entwurfes werden am besten aus seinem Verhältniß zu der anerkannt trefflichsten Vorarbeit hervorgehen.

Die deutsche Gemeinschuldordnung schließt sich den der Berathung des Bundesrathes bereits unterbreiteten Gesetzen, „über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ und „über das Verfahren in Strafsachen“, sowie dem Gesetz „über die Verfassung der Gerichte im Deutschen Reiche für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen“ als vierter Theil an. Die durch Art. 4 Nr. 13 der Reichsverfassung dem Reiche übertragene Ordnung des gerichtlichen Verfahrens umschließt die Ordnung des Konkursverfahrens, und alle vier Gesetze werden zu gleicher Zeit in Kraft gesetzt werden müssen. Die neue Ordnung des bürgerlichen Verfahrens und der Gerichtsverfassung würde, wenn sie ohne gleichzeitige reichsgesetzliche Regelung des Konkursrechtes in Geltung träte, die Landesgesetzgebungen, auch wo diese erst neuerlich sich mit dem Konkurse befaßt haben, [1]) nöthigen, nicht unerhebliche Aenderungen im bestehenden Rechte vorzunehmen. Diese neuen Feststellungen aber würden doch wieder in kürzester Frist gemeinsamer Gesetzgebung zu weichen haben, da kaum auf irgend einem andern Gebiete das Bedürfniß nach Gleichheit des Rechtes im Reiche so stark empfunden und mit solcher Uebereinstimmung anerkannt wird, wie auf dem des Konkurses. Daß man in maßgebenden Kreisen von der Nothwendigkeit gleichzeitiger Einführung der vier Gesetze [2]) überzeugt ist, geht aus den Motiven des am 12. November v. J. zugleich mit dem Gesetze über die Verfassung der Gerichte vom Reichskanzler beim Bundesrathe eingebrachten Einführungsgesetzes dazu hervor, in welchen angeregt wird, „den organischen Zusammenhang der vier Gesetze durch Zusammenfassung der Einführungsbestimmungen für dieselben in ein einheitliches Einführungsgesetz klar zu stellen.“ [3])

---

[1]) In Bayern z. B. ist das Konkursrecht der Prozeßordnung vom 29. April 1869 erst seit 1870 in Geltung.

[2]) Die gleichzeitige Einführung der Gesetze hat nicht nothwendig gleichzeitige Einbringung derselben bei dem Reichstage zur Voraussetzung. Freilich wird kaum eines der Gesetze vor der Feststellung der anderen zum endgültigen Abschluß gebracht werden können.

[3]) Bundesrathsvorlage Nr. 108 von 1873. S. 6.

Grade dieser organische Zusammenhang des großen Gesetzgebungswerkes in allen seinen Theilen erhöht die Schwierigkeit der in demselben der parlamentarischen Gesetzgebung gestellten Aufgabe. Wenn Aenderungen des einen Gesetzes nothwendig auf den Inhalt der anderen erheblich zurückwirken, so wird jede Aenderung ungewöhnliche Vorsicht erfordern, und je mehr sich die Meinungen über die Entwürfe durch vorgängige sachliche Erörterungen[1]) geklärt haben, desto stärker wird die Hoffnung eines guten Endergebnisses festgehalten werden können.

Der Entwurf der „Gemeinschuldordnung“ umfaßt sowohl das materielle als das formelle Konkursrecht. Die Feststellung der Bestimmungen des ersteren, des „Gemeinschuldrechtes“ in der Sprachweise des Entwurfes, enthält den ersten Versuch, auf dem Boden der Reichsgesetzgebung einen Theil des Civilrechtes zu kodifiziren. Die bereits oben angedeutete Schwierigkeit dieser Aufgabe war in Folge der Einschränkung auf das, was den Konkurs berührt, gewiß keine geringere. Daß die Lösung so wohl zu gelingen verspricht, mag zu guter Vorbedeutung dienen für das gewaltige Werk des deutschen Civilrechtes, dessen Kodifikation ja nun in den Kreis der Befugnisse des Reiches gezogen ist. Das Gemeinschuldrecht wird im ersten Buche des Entwurfes in acht Titeln (§§ 1— 72) behandelt; den Vorschriften dieses ersten Buches entspricht der erste Band der Begründung. Dem „Gemeinschuldverfahren“ sind das zweite und dritte Buch gewidmet. Das letztere enthält ohne Titeleintheilung in den §§ 216 bis 232 besondere Bestimmungen für das Gemeinschuldverfahren über Theilmassen, während das zweite Buch in neun Titeln §§ 73—215 vom Gemeinschuldverfahren überhaupt handelt. Ein viertes Buch ordnet von § 233—256 ein „Vergleichsverfahren zur Abwendung des Gemeinschuldverfahrens“ und im fünften Buche (§§ 257—264) sind Strafbestimmungen zusammengestellt. Die hier beabsichtigte Erörterung soll im Wesentlichen nur auf das erste und zweite, gelegentlich auch auf das dritte Buch sich beziehen, auf den weitern Inhalt des Entwurfes aber nicht näher eingehen.

Die Sprache des Entwurfes ist klar, kurz und scharf. Der Ent-

[1]) Weniger freilich durch das Hineingewöhnen in eine Phrase wie die von der „liberalen“ Einrichtung des Geschwornengerichtes und von der „reaktionären“ Tendenz der Schöffengerichte, in denen eine Form der Volksgerichtsbarkeit für alle strafbaren Handlungen, auch für Norddeutschland einschließlich der politischen und Preßdelikte, zu gewinnen ist.

wurf hält sich fern von aller ungesunden Kasuistik. Neben der preußischen Konkursordnung, welche als Hauptgrundlage der einzelnen Bestimmungen anzusehen ist, hat die gesammte deutsche Konkursgesetzgebung, deren Quellen im Anlageband der Motive (Anlage I S. 1 bis 95) besprochen sind, aber auch die außerdeutsche Gesetzgebung eingehende Berücksichtigung gefunden. Von dieser ist im Anlageband (Anlage II und III) das englische und nordamerikanische Konkursrecht übersichtlich zusammengestellt.

Erstes Buch.

Gemeinschuldrecht.

Die Verfasser des Entwurfes bekämpfen in der Einleitung der Motive die Auffassung des Konkurses als einer Prozeßart, insbesondere als eines generellen Zwangsvollstreckungsverfahrens, da der Charakter des Gemeinschuldwesens durch die Analogie der Exekution nicht nach allen Seiten gedeckt werde und diese Analogie zu prozeßmäßiger Gestaltung des Verfahrens führe, auch wo ein Rechtsstreit nicht vorliege. Sie gehen von der Annahme aus, daß das Zahlungsunvermögen des Schuldners im Falle der Kollision einer Mehrheit von Ansprüchen diesen Ansprüchen kraft des Gesetzes einen veränderten Inhalt gebe, nicht mehr schlechthin auf Befriedigung, sondern dahin gerichtet, daß das ganze Vermögen des Schuldners zur ausschließlichen und gemeinsamen gesetzlich geregelten Vertheilung unter die sämmtlichen Gläubiger verwendet werde.[1])

Die Motive nennen dies Recht „Gemeinschuldanspruch". Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Wahl dieses Ausdruckes und der Ausdrücke des Gesetzes selbst: „Gemeinschuldordnung," „Gemeinschuldrecht," „Gemeinschuldverfahren" durchaus glücklich zu nennen ist. Nach der bisherigen Rechtssprache ist man geneigt, bei dem Ausdruck „Gemeinschuld" an eine Schuldgemeinschaft Mehrerer rücksichtlich desselben Obligationsverhältnisses zu denken. Es liegt deshalb nahe, zu fragen, ob es nicht ein übertriebener Purismus der Sprache ist, wenn der allgemein übliche Ausdruck Konkurs der Rechtssprache deutscher Gesetze fern gehalten werden soll. Von anderer Seite wird

---

[1]) Bd. I S. 13 der Motive.

das Wort „Gant", das sich in der süddeutschen Rechtssprache erhalten hat, erinnert, aber freilich auch dies Wort ist nicht deutschen Ursprunges und bezieht sich zunächst auf Subhastation von Grundstücken.[1] Will man rein deutsche Ausdrücke in deutschen Gesetzen haben und ein zum Theil neue Rechtssprache schaffen, so ist immerhin den gewählten Ausdrücken nachzurühmen, daß sie sprachlich richtig gebildet, den Kern der Sache treffen und deshalb nicht ungeeignet sind, sich in die Rechtssprache einzubürgern.

„Gemeinschuldverfahren" ist dem Entwurfe die auf Grund der Feststellung des Gemeinschuldanspruches (durch Eröffnung des Verfahrens) unter richterlicher Autorität sich vollziehende Auseinandersetzung des seine Leistungen einstellenden Schuldners mit allen seinen Gläubigern.[2] Unter diesen Gläubigern entsteht eine zufällige Gemeinschaft, communio incidens, deren Gegenstand das ganze unzureichende Vermögen des Gemeinschuldners, und deren Zweck und Inhalt die gemeinschaftliche Befriedigung Aller aus diesem Vermögen ist.[3]

Der legislatorische Fortschritt, der darin zu finden ist, daß das Gemeinschuldverfahren aus dem Wesen derjenigen Aenderungen hergeleitet wird, welche die materiellen Ansprüche kraft des Gesetzes unter bestimmten Voraussetzungen erleiden, statt daß rein äußerlich materielle Folgen an den prozessualischen Akt der Konkurseröffnung geknüpft werden, leuchtet ein. Nicht die missio in bona, die Konkurseröffnung, erzeugt die par conditio creditorum, wie das römische Recht die Sache auffaßt, sondern die gesetzlich begründete par conditio macht die Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens erforderlich. Diese ist das Mittel, jene in Kraft zu setzen. Eine erhebliche Zahl der Fragen des Konkursrechtes wird auf diesem Wege grundsätzlicher Lösung zugeführt.

Die Wirkungen des „Gemeinschuldanspruches" äußern sich nicht blos dem Gemeinschuldner und den Gemeingläubigern gegenüber, sondern erstrecken sich auch auf dritte Personen, falls dieselben mit dem Inhalte des ausschließlichen Rechtes der Gläubiger auf Befriedigung aus dem ganzen Vermögen des Schuldners in Widerspruch kommen.[4]

---

[1]) Nach Grimm, Rechtsalterthümer S. 610, kommt das Wort „Gant" im Sinne von Versteigerung an den Meistbietenden aus dem romanischen inquantus, incanto, encans.

[2]) Bd. I S. 7.

[3]) Bd. I S. 17.

[4]) Bd. I S. 13.

Wenn trotzdem die Motive eine dingliche Natur des Gemeinschuldanspruches leugnen,[1]) so geschieht dies jedenfalls in soweit mit Recht, als der Gedanke eines Ueberganges des Vermögens des Gemeinschuldners auf die Gläubiger und einer Vertretung des Gemeinschuldners durch die „Gläubigerschaft“ bekämpft wird. Man muß, wenn man die absolute (dingliche) Natur des fraglichen Rechtes der Gläubiger betont, zugeben, daß dasselbe eine eigenthümlich gedachte, den üblichen Kategorien nicht entsprechende Rechtsschöpfung ist. Sie erinnert an das Pfandrecht, wie ja vielfach ein Universalpfandrecht der Konkursgläubiger angenommen wird. Aber sie hat doch nicht den Zweck, dem Gläubiger eine Sicherheit für seine Befriedigung zu gewähren und bei Zuwiderhandlung Anderer gegen den Inhalt des ausschließlichen Rechtes auf gleiche Befriedigung aller Gläubiger aus dem Vermögen findet nicht individuell eine Rechtsverfolgung gegen den bestreitenden Dritten für den Gläubiger statt, der den Gemeinschuldanspruch verletzt erachtet, vielmehr ist das alleinige Mittel zur Durchführung desselben das Gemeinschuldverfahren. Ob nun das Recht als ein dingliches aufzufassen oder nicht, jedenfalls hat der Entwurf aus der Auffassung desselben im letzteren Sinne in den Motiven irgend welche Folgerungen, die zu bekämpfen wären, nicht gezogen.

Das erste Buch des Entwurfes zerfällt, wie bereits oben erwähnt, in acht Titel. Es behandelt im ersten Titel den Gegenstand und die Wirkungen des Gemeinschuldverfahrens im Allgemeinen. Erstrecken sich letztere regelmäßig nicht auf die Vergangenheit zurück, so werden doch die vor der Eröffnung des Verfahrens eingegangenen Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners in mehrfacher Beziehung von der Eröffnung berührt. Aufgabe des zweiten Titels ist es, diese Einwirkungen zu ordnen, und der dritte Titel handelt von der Anfechtung der vor der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen. Die folgenden Titel scheiden die nicht zur Vertheilung unter die Gemeingläubiger geeigneten Stücke aus der Gemeinmasse aus, indem sie die Ansprüche auf Herausgabe von Sachen aus derselben (Titel IV), die Ansprüche auf abgesonderte Befriedigung (Titel V), die Aufrechnung als das Recht eines Masseschuldners die zur Masse geschuldete Zahlung zu weigern, um sich wegen eines Gegenanspruches aus dem Geschuldeten abgesondert zu befriedigen (Titel VI), und endlich die Rechte der Massegläubiger (Titel VII) regeln. Der achte Titel handelt von

[1]) Bd. I, S. 15.

den Forderungen der Gemeingläubiger, ihrer Rangordnung und d Modalitäten ihrer Betheiligung an der Masse. Die systematische A ordnung weicht hiernach in sofern von der Anordnung des ersten Tit der Preußischen Konkursordnung ab, als die hier am Schlusse a gehängten Abschnitte systematisch eingereiht sind; dies gilt von d Anfechtungslehre, von der Kompensation und von den einen bes deren Abschnitt ausfüllenden Ansprüchen der Ehefrau des Gemei schuldners.

Erster Titel.

Gegenstand und Wirkungen des Gemeinschuldverfahrens im Allgemeinen.

1. Den Gegenstand des Gemeinschuldverfahrens bildet Gemeinmasse, die zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller pers lichen Gläubiger dienen soll, welche einen zur Zeit der Eröffnung Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldn haben: Gemeingläubiger (§ 5). Zur Gemeinmasse gehört das g sammte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Geme schuldners (§ 1), auch das nach Eröffnung des Verfahrens erworben der spätere Erwerb aus Erbschaften, Vermächtnissen und vermögen rechtlichen Anwartschaften, jedoch nur nach Berichtigung der dara haftenden Lasten und Schulden (§ 9), und als Erwerb aus späte Geschäften des Gemeinschuldners nur der Reingewinn (§ 2). A dem letzteren und mit den Nutzungen aus dem gesetzlichen Nießbrau am Vermögen der Ehefrau und der Kinder [1]) ist zunächst der eig Unterhalt des Gemeinschuldners und, was zum Unterhalt von Fr und Kindern einschließlich der Erziehung der letzteren erforderlich i zu bestreiten (§ 2). Dem Gemeinschuldverfahren über das ganze Ve mögen, welches die Regel bildet, steht das selbständige Gemeinschul verfahren über bloße Vermögenstheile als eine Ausnahme gegenüb die nur in den Fällen des Gesetzes (Buch 3) vorkommen kann (§ 3).

---

[1]) Soweit eben das Gesetz des einzelnen Staates einen solchen gesetzlichen Nie brauch kennt.

[2]) § 3 möchte mit Rücksicht auf den im dritten Buche gebrauchten Kunstausdr mit etwas geringerer Knappheit des Ausdruckes dahin zu formuliren sein: „Ein Ve mögenstheil kann nur in den von diesem Gesetz zugelassenen Fällen den Gegensta eines besonderen Gemeinschuldverfahrens (Theilmasse) bilden."

e gesetzlichen Fälle eines solchen Partikularkonkurses, welcher neben m Konkurse über das sonstige Vermögen, aber zumeist auch ohne ß ein allgemeiner Konkurs daneben eröffnet wäre, eingeleitet werden n, sind:

1) das Gemeinschuldverfahren über das im Inland befindliche Vermögen eines Ausländers, wenn derselbe im Inland eine Handlung, Fabrik oder gewerbliche Niederlassung hat (§§ 216—220);
2) das Gemeinschuldverfahren über das Gesellschaftsvermögen einer offenen Handels- oder einer Kommanditgesellschaft, auch der Kommanditgesellschaft auf Aktien (§§ 221—224);
3) das Gemeinschuldverfahren über das Vermögen einer Genossenschaft (§§ 225—228);
4) das Gemeinschuldverfahren über eine im letzten Jahre vor der Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens über das Vermögen des Erben von diesem ohne Vorbehalt angenommene Erbschaft [1]) (§§ 229—232).

Die Regel, daß alles der Vollstreckung unterliegende Vermögen es Gemeinschuldners als Gemeinmasse zur Befriedigung der gesammten ersönlichen Gläubiger zu verwenden ist, modifizirt sich, indem einzelne läubiger aus bestimmten Gegenständen abgesonderte Befriedigung erlangen können, so daß nur, was nach ihrer Befriedigung von der Sondermasse" [2]) übrig bleibt, zur Gemeinmasse fließt (§ 4), und in fern bestimmte Ansprüche vor den Forderungen der Gemeingläubiger, ls „Masseschulden", zu berichtigen sind (§ 5).

Grundsätzlich ist in diesen Vorschriften über den Gegenstand des Verfahrens der Boden der Preußischen Konkursordnung nicht verlassen. Die Beschränkung der Gemeinmasse rücksichtlich des Erwerbes nach der Konkurseröffnung (K.-O. § 1) auf den Reingewinn, soweit dem Erwerbe Geschäfte des Gemeinschuldners zu Grunde liegen, entspricht der dem § 1 der Konkursordnung in der preußischen Praxis gegebenen

[1]) Das Gemeinschuldverfahren über einen Nachlaß, dessen Erbe die Erbschaft unter der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, ist nicht Gemeinschuldverfahren über einen Vermögenstheil, da nur der Nachlaß den Gläubigern haftet.

[2]) Die Sondermasse scheidet nicht aus der Gemeinmasse aus, nur ihr Erlös wird zur Sonderbefriedigung der Separatisten benutzt, und es hängt vom Ermessen des Gemeinverwalters ab, ob er die Versilberung betreiben will, soweit nicht die Veräußerung auf Grund des Absonderungsrechtes ins Werk gesetzt wird. §§ 128—129 des Entwurfes.

restriktiven Interpretation. Auch die Abänderungen des Rechtes eine Kompetenz in § 162 der K.-O. dahin, daß nicht jeder Erw nach der Eröffnung des Verfahrens ein solches Recht begründet daß das einmal begründete Recht für das ganze Verfahren (nicht für das dem Entwurfe unbekannte Stadium einstweiliger Verwaltung K.-O. § 224 —) besteht, werden der Zustimmung sicher sein.

Die Fälle des Partikular-Konkurses sind im Ganzen richtig gegrenzt, sowohl gegenüber der Regel des Gesetzes als gegenüber bloßen Absonderungsrechte. Die Motive geben für die letztere grenzung als Grund an, daß es sich in diesen Fällen nicht um zelne einem oder mehreren Gläubigern zu abgesonderter Befriedig haftende Vermögensstücke, sondern um einen Inbegriff von mögensgegenständen handelt, aus welchem von verschiedenen Gläubig gesonderte Befriedigung zu suchen ist.[1]) Der Gesetzentwurf selbst die Grenze mit Recht noch enger gezogen. Nur dann ist ein Inbegr von Vermögensgegenständen zulässiger Gegenstand eines Partikul Konkurses, wenn derselbe entweder in der Hand eines Andern ein se ständiges Vermögen gewesen ist, in welchem Aktiva und Passiva gegenüber standen (Fall zu 4) oder wenn er wirthschaftlich als besonderes Vermögen mit besonderem Schuldenstand anzusehen ist o angesehen zu werden pflegt (Fälle zu 1—3). Der Fall zu 3 läßt freilich mit Recht als Partikular-Konkurs nur bezeichnen, wenn m die wirthschaftliche Genossenschaft nicht als juristische Person ansie Die Motive stellen sich indessen auf den entgegengesetzten Standpunkt. Ist aber die Genossenschaft eine juristische Person und muß demgem diese von den Genossenschaftern unterschiedene Persönlichkeit als Gemei schuldner angesehen werden, so liegt ein das ganze Vermögen d Gemeinschuldners ergreifendes Verfahren vor, und die Besonderhe liegt nicht darin, daß neben der Theilmasse oder hinter ihr auch n andere Vermögensstücke des Gemeinschuldners den Gläubiger haften, sondern darin, daß die Feststellungen in dem Verfahren au auf das Vermögen der einzelnen Genossen, also über die eigentlic Gemeinmasse hinaus wirken. Es kann nicht Sache der Gemeinschuld-ordnung sein, die allerdings noch schwankende Theorie von der recht-lichen Natur der Genossenschaften zum Abschluß zu bringen; deshalb wird es sich empfehlen, im dritten Buche die Bestimmungen zu 3 an

[1]) Motive Bd. I, S. 25.

[2]) Motive Bd. II, S. 212.

den Schluß zu verweisen und die Ueberschrift durch einen Zusatz, der unentschieden läßt, ob hier eine „Theilmasse" vorliegt, zu ergänzen.

Die nach Preußischem Konkursrecht sonst noch angenommenen Fälle eines Partikular-Konkurses sind durch die obige Begriffsbegrenzung ausgeschlossen bis auf einen Fall, der aus materiellen Gründen beseitigt ist. Das Preußische Recht (K.-O. § 260, A. L.-R. I. 16, §§ 507 ffg.) gewährt auch den Gläubigern des Erben ein Absonderungsrecht rücksichtlich des Vermögens des Erben gegenüber einer ohne Vorbehalt angenommenen Erbschaft und erkennt in Folge dessen auch für diesen Fall einen Partikular-Konkurs an. Die Motive begründen die Rückkehr zum gemeinen Recht durch die Erwägung, daß kein Grund vorliegt, den Rechtsakt der Erbschaftsantretung anders zu behandeln als andere den Vermögensstand verschlechternde Handlungen des Schuldners.[1])

II. Wirkungen. Die Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens durch ein deutsches Gericht ist für den ganzen Umfang des Reiches[2]) wirksam (§ 7), auch die Wirkungen eines im Auslande eröffneten Konkurses nach ausländischem Rechte sind im Inlande, abgesehen von den Fällen der Zulässigkeit eines Partikular-Konkurses im Inlande[3]) und vorbehaltlich der zulässigen (nicht nothwendigen) und von Zustimmung des Reichskanzlers abhängigen Anwendung des Retorsionsrechtes, anzuerkennen (§ 219). Ausländische Gläubiger stehen, vorbehaltlich des letzteren Rechtes, inländischen gleich (§ 6).

Die Wirkungen der Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens treten von Rechtswegen ein (§ 7). Danach hebt die Eröffnung des Verfahrens das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Gemeinschuldners über sein zur Gemeinmasse gehöriges Vermögen auf; dasselbe wird während des Verfahrens zum Zwecke der Befriedigung der Gemeingläubiger durch einen gerichtlich bestellten Gemeinverwalter ausgeübt (§ 8). Die Eröffnung des Verfahrens setzt so den Anspruch der Konkursgläubiger auf gemeinsame Befriedigung in Kraft, und das

---

[1]) Motive Bd. II, S. 215.

[2]) § 7 sagt der gegenwärtigen Sprachweise deutscher Gesetze nicht entsprechend: „des Bundesgebietes."

[3]) Die Motive Bd. I, S. 37 bezeichnen diese Ausnahme vom Prinzip des § 219 ungenau als Ausnahme vom Prinzip des § 6, da doch auch im Partikular-Konkurs über das inländische Vermögen eines Ausländers ausländische Gläubiger den inländischen gleich stehen.

eingeleitete Befriedigungsverfahren ist, auch wenn der Gemeinschuldner im Laufe desselben stirbt und ein Erbe ohne Vorbehalt die Erbschaft antritt, zu Ende zu führen (§ 19). Es wandelt sich also im letzeren Fall in einen Partikular-Konkurs.

Ausfluß des Grundsatzes von der Vertretung des Gemeinschuldners durch den Verwalter ist es, daß, wo der Anfall eines Erwerbes während des Verfahrens der Annahme des Gemeinschuldners bedarf, diese vom Verwalter erklärt werden kann, welcher Erbschaften natürlich nur unter Wahrung der Rechtswohlthat des Inventars annehmen soll (§ 9). Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach eröffnetem Verfahren [1]) sind in Beziehung auf die Gemeingläubiger nichtig (§ 10). Der Gemeinschuldner ist nicht handlungsunfähig, aber eine rechtliche Verfügung desselben über das, was zur Gemeinmasse gehört, kann zum Nachtheil der Gläubiger nicht geltend gemacht werden. Die Gläubiger können deshalb auch, soweit sie nicht absonderungsberechtigt sind, ihre Rechte auf die Gemeinmasse nur im Gemeinschuldverfahren, nicht durch besondere Prozesse, Arreste oder Zwangsvollstreckungen geltend machen (§§ 14, 15). Prozesse, welche die Gemeinmasse nach ihrem Gegenstande nicht berühren, gehen gegen den Gemeinschuldner ohne Rücksicht auf das Gemeinschuldverfahren fort, Prozesse wegen Gemeinforderungen nur, sofern die Berichtigung der Ansprüche nicht aus der Gemeinmasse verlangt wird. Prozesse, welche den Bestand der Aktivmasse betreffen, einschließlich der Ansprüche auf Herausgabe aus der Gemeinmasse und auf abgesonderte Befriedigung aus bestimmten Objekten, können nur vom Gemeinverwalter weiter geführt werden. Die letzteren gelten, wenn der Gemeinverwalter sich der Aufnahme entzieht, als anerkannt (§§ 13, 14). Nach Eröffnung des Verfahrens kann — auch auf Grund früherer Willensakte des Gemeinschuldners oder unabhängig von seinem Willen — ein zu jener Zeit noch nicht begründetes Pfand- und Hypothekenrecht, Vorzugsrecht oder Zurückbehaltungsrecht nicht mit Rechtsverbindlichkeit wider die Gemeingläubiger entstehen (§ 16). Zahlungen Dritter an Gläubiger des Gemeinschuldners wirken indessen als nothwendige Cession und übertragen die Rechte des befriedigten Gläubigers an den Zahlenden (§ 18).

Konsequenz des Rechtes der Gemeingläubiger auf die Gemeinmasse in ihrem Zustande zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens ist

---

[1]) Handlungen am Tage der Eröffnung gelten präsumtiv als nach der Eröffnung geschehen.

auch, daß Leistungen an den Gemeinschuldner nur befreiend wirken, soweit das Objekt der Leistung zur Gemeinmasse kommt. Indessen wird bis zur öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung des Verfahrens auf den guten Glauben des Leistenden Rücksicht genommen und muß demselben bei Leistungen vor dieser Zeit Kenntniß von Eröffnung des Verfahrens nachgewiesen werden, wenn die Leistung noch einmal beansprucht wird (§ 13).

Da jede Klage trotz des Gemeinschuldverfahrens, soweit sie die Gemeinmasse nicht berührt, gegen den Gemeinschuldner selbst, und soweit die Gemeinmasse davon berührt wird, (als Klage oder als Anmeldung) gegen den Verwalter geltend gemacht werden kann, so hemmt das Gemeinschuldverfahren nicht den Lauf der Verjährung; die Anmeldung aber wirkt als Unterbrechung, und zwar auch gegen den Gemeinschuldner (§ 17).

Die vorstehenden Grundsätze über die Wirkungen des Gemeinschuldverfahrens stimmen im Wesentlichen mit dem bestehenden Preußischen Konkursrechte überein, dessen Vorschriften sie zu prinzipieller Klarheit fortzuentwickeln suchen. Insbesondere ist der Grundsatz, daß die Eröffnung des Verfahrens ipso jure die vom Gesetze bestimmten Wirkungen hervorbringe, nur eine allgemeinere Fassung der Vorschrift des § 4 der Konkursordnung, und wenn das in dieser Bestimmung enthaltene unklare Mittelglied der „Gläubigerschaft" als der Trägerin des Verwaltungs- und Verfügungsrechtes des Gemeinschuldners mit allen Ueberbleibseln des Gedankens einer Succession, z. B. des Ueberganges der Rechtsstreitigkeiten auf die Gläubigerschaft (Konk.-O. § 8) beseitigt ist, so ist die hierdurch gewonnene Klarheit des gesetzgeberischen Gedankens, daß lediglich eine nothwendige Vertretung des Gemeinschuldners stattfindet, ein erheblicher legislativer Fortschritt. Diese Vertretung und die Verwaltung der Gemeinmasse findet zwar nur statt, um das Recht der Gemeingläubiger auf gleichmäßige gesetzliche Verwendung der Gemeinmasse zu ihrer Befriedigung in Kraft zu setzen, ist aber in dieser Gränze und soweit also das Verfügungsrecht des Gemeinschuldners cessirt, eine vollberechtigte. Die Vorschrift, nach welcher deshalb der Verwalter sogar den Willensakt des Erwerbes bei Anfällen vornehmen kann, ist für andere Rechtssysteme von größerer Erheblichkeit als für das System des Preußischen Rechtes über den Erbschaftserwerb.

Die Vorschriften über den Eintritt des Gemeinverwalters in die Prozesse des Gemeinschuldners schränken den Grundsatz des § 6 der Konkursordnung auf diejenigen Ansprüche ein, deren Feststellung den Stand der Gemeinmasse oder die Verwendbarkeit eines Stückes derselben zur gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger berührt. Ausgeschlossen sind also außer dem, was nur die Person des Gemeinschuldners angeht, besonders diejenigen Ansprüche, welche als Gemeinforderungen im Konkurse geltend zu machen sind. Will der Gläubiger an der Gemeinmasse Antheil haben, so findet zu diesem Zwecke Fortführung des anhängigen Prozesses nicht statt, eine Fortführung ist nur gegen den Gemeinschuldner möglich, sofern außerhalb des Konkurses Befriedigung gesucht werden soll. Um im Gemeinschuldverfahren berücksichtiget zu werden, bedarf es der Anmeldung nach Vorschrift des Gesetzes. Daß es bestreitenden Interessenten gegenüber demnächst zulässig ist, die etwa aus der Lage des Prozesses gegen den Gemeinschuldner sich ergebenden Aenderungen des materiellen Rechtsverhältnisses geltend zu machen, versteht sich von selbst; die prozessualische Möglichkeit schafft § 145 des Entwurfes, welcher anordnet, daß gegen den Bestreitenden die Feststellung der Forderung solchenfalls in dem vor Eröffnung des Verfahrens anhängigen Prozesse zu betreiben ist. Auch wer den § 6 K.-O. de lege lata mit dem Obertribunal (Striethorst Bd. 60 S. 25) anders versteht, wird de lege ferenda nur dem Entwurfe beistimmen können.

Die Ansprüche, deren Fortführung gegen oder durch den Gemeinverwalter möglich ist, werden ferner — ebenfalls gegen § 8 K.-O., wenigstens gegen den Wortlaut desselben, — nicht nothwendig fortgeführt, der Verwalter **kann** nur in den Prozeß eintreten. Hierdurch wird die Masse vor der Kostenlast ungehöriger Prozesse des Gemeinschuldners bewahrt. Rücksichtlich der Wirkung der unterlassenen Reassumtion unterscheidet der Entwurf: die unterlassene Aufnahme eines den Bestand der Gemeinmasse berührenden Anspruches gegen den Gemeinschuldner gilt als Anerkennung, d. h. sie wird materiell als Anerkennung behandelt, nicht so, daß in dem alten Prozesse die Verurtheilung des Verwalters als anerkennend auszusprechen und ihm die Kosten des alten Verfahrens aufzulegen wären. Ueber die Folgen der unterlassenen Aufnahme des Aktivanspruches schweigt der Entwurf. In den Motiven heißt es:[1] „Lehnt der Verwalter den Eintritt in

[1]) Motive Bd. I, S. 62.

einen solchen Aktivprozeß ab, ohne den Anspruch dem Gemeinschuldner zur freien Verfügung zu überlassen, so kann er jederzeit den Anspruch durch eine neue Klage verfolgen." Diese Ausführung der Motive kann als richtig nicht anerkannt werden. Die erste Möglichkeit, welche angenommen wird, daß der Verwalter dem Gemeinschuldner die Verfolgung überläßt, setzt eine Befugniß des Verwalters voraus, die gegen das Wesen des Konkurses geht; hebt die Eröffnung des Verfahrens von Rechtswegen die Verfügungsfähigkeit des Gemeinschuldners über alles, was zur Gemeinmasse gehört, auf, so kann der Verwalter, der dazu da ist, die Gemeinmasse zu bewahren und zu verwalten, gleichviel ob allein oder mit Zustimmung eines Gläubigerausschusses, ihm nicht das Verfügungsrecht rücksichtlich einzelner Ansprüche zurückgeben, ebenso wenig wie ein Sequester, bei dem eine Sache deponirt ist, weil sie zwischen zwei Personen streitig ist, für befugt erachtet werden kann, die Sache einem der Streitenden einzuräumen. Und was die zweite angenommene Möglichkeit anlangt, daß der Verwalter eine neue Klage anstelle, so widerspricht dem, wie das gemeine Prozeßrecht, so § 222 des Entwurfes der Civilprozeßordnung. Danach findet eine neue Klage wegen eines litigiös gewordenen Anspruches nicht statt, es steht die Einrede der Litispendenz entgegen, man kann nicht liti allein, sondern nur liti et causae zugleich entsagen. Und da der Gemeinverwalter nur den Gemeinschuldner vertritt, ihm nicht ein ganz neues Klagerecht zusteht, so geht die gegen den Gemeinschuldner begründet gewesene Einrede der Litispendenz auch gegen ihn. Will man deshalb den Verwalter in die Lage setzen, sich der Wiederaufnahme eines Aktivanspruches des Gemeinschuldners zur Vermeidung der Kostenlast für die Masse zu entziehen, so muß die geweigerte Aufnahme als Verzicht auf den Anspruch gelten. Es wäre ungerecht gegen den von dem Gemeinschuldner verklagten Dritten, wenn diesem während des ganzen Gemeinschuldverfahrens das Recht, den Streit zur Entscheidung zu bringen, entzogen sein sollte, und er nach beendigtem Verfahren Fortsetzung durch den Gemeinschuldner gewärtigen müßte.

Damit aber für den einen oder andern Fall angenommen werden könne, daß der Gemeinverwalter den Rechtsstreit nicht aufnehmen will, wird noch eine zusätzliche Vorschrift erforderlich sein, wann der Verwalter sich über die Nichtaufnahme zu erklären hat. Denn die Aufnahme des Prozesses gegen ihn wird an und für sich durch § 205 der Civ.-Pr.-O. ausgeschlossen, muß also durch bestimmte Vorschrift

der Gemeinschuldordnung zugelassen werden, falls sich der Verwalter nicht für Nichtaufnahme des Prozesses ausdrücklich und trotz der daran geknüpften materiellen Folgen erklärt hat.

Die Vorschriften des Entwurfes über den Fortlauf der Verjährung entscheiden eine gemeinrechtliche Kontroverse und entsprechen der Annahme des Entwurfes, daß der Konkurs Ausübung des Klagerechts nicht hindert. Die preußische Praxis nimmt bekanntlich an, daß während des Konkurses der Lauf der Verjährung ruht. Der Standpunkt des Entwurfes muß aber als folgerichtig anerkannt werden und verdient Billigung. Ebenso ist als richtig anzuerkennen, wenn der Anmeldung in dem Verfahren auch dem Gemeinschuldner gegenüber die Bedeutung beigelegt wird, die Verjährung zu unterbrechen. Der Entwurf schweigt darüber, ob Verfolgung des Anspruches persönlich gegen den Gemeinschuldner nach eröffnetem Verfahren Unterbrechung der Verjährung auch rücksichtlich der seiner Verfügung entzogenen Gemeinmasse wirke. Nach §§ 5 und 8 des Entwurfes und weil eine solche Verfolgung nach § 14 die Gemeinmasse nicht berühren soll, wird man die Frage verneinen müssen. Aber so lange der Gläubiger des Gemeinschuldners von der Eröffnung des Verfahrens nichts weiß und wegen der noch nicht bewirkten Veröffentlichung davon nichts zu wissen braucht, ist diese Verneinung ungerecht gegen ihn, insbesondere wenn man die Verjährung unter dem Gesichtspunkt einer poena negligentiae auffaßt. Der Gläubiger hat während der letzten Tage der Verjährungszeit alles gethan, was er, unbekannt mit der Konkurseröffnung, zur Verfolgung des Anspruches thun konnte, er hat den Schuldner laden lassen. So gut wie die Zahlung des gutgläubigen Schuldners an den Kridar nach § 11 des Entwurfes, so lange er die Konkurseröffnung nicht kennen muß, Befreiung wirkt, muß auch die Unterbrechung der Verjährung gegen den Gemeinschuldner in solchem Falle das Theilnahmerecht an der Gemeinmasse erhalten.

Bei der letzterwähnten Vorschrift des § 11 ist die willkürliche dreitägige Frist des § 7 der Konkursordnung aufgegeben, und das, was ihr zu Grunde liegt, mit Recht zum Gesetz gemacht.

Durch die in Aussicht genommene Gemeinsamkeit der Gerichtseinrichtungen für das deutsche Reich ist es möglich, die Wirkungen des Verfahrens unter Aufhebung der speziellen Vorschriften des Reichsrechtshülfegesetzes auf das ganze Reich zu erstrecken. Die Retorsion gegen das Ausland wird nicht wie im § 3 der Konk.-O. dem Richter

zur Pflicht gemacht. Die Ungleichheit der Behandlung von Ausländern, die sich in derselben Lage befinden, nach dem Ermessen des Richters, auf welche der Entwurf hinausgeht, widerspricht aber dem Wesen des Rechtsstaates. Trotzdem ist es nicht zu mißbilligen, wenn die allgemeine Pflicht der Retorsion aufgegeben wird. Mit Recht bezeichnen die Motive [1]) das Wiedervergeltungsrecht, soweit es nicht überhaupt entbehrlich ist, als ein Gebot der Politik, nicht als Glied des Rechtsorganismus. Der Richter aber hat nicht Politik zu treiben. Statt also den Richter, wenn nach seinem Ermessen der Fall der Retorsion vorliegt, zu einer Anfrage an den Reichskanzler zu nöthigen, von der er unter Nichtanwendung der Vergeltung auch absehen kann, beschränke man durch das Reichsgesetz die Anwendung der Retorsion im Reiche überhaupt auf die Fälle, in denen eine vorgängige Bekanntmachung des Reichskanzleramtes im Reichsgesetzblatte die ungerechte Behandlung der Inländer im Auslande behufs Anwendung dieses Rechtes festgestellt hat, in diesem Kreise aber sei es Pflicht der Gerichte, das Vergeltungsrecht zu üben.

Zweiter Titel.

Wirkung der Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens auf die vor derselben eingegangenen Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners.

Die vor der Eröffnung des Verfahrens geschlossenen Rechtsgeschäfte der Gemeinschuldners werden durch das eröffnete Verfahren regelmäßig in ihrem Bestande nicht erschüttert. Soweit eine Einwirkung der Eröffnung des Verfahrens auf einzelne [2]) Rechtsverhältnisse landes- oder reichsgesetzlich anerkannt ist, bleibt es bei diesen Vorschriften (§ 25), und nur für bestimmte Geschäfte wird eine solche Einwirkung durch den Entwurf selbst unter Beseitigung der bestehenden Grundsätze in gewissen Beziehungen neu geregelt (§§ 21—24).

[1]) Motive Bd. I, S. 36.

[2]) Der Wortlaut des § 25 scheint nicht deutlich genug hervorzuheben, daß das bestehende Recht nur in seinen besonderen Vorschriften für einzelne Rechtsverhältnisse, nicht in seinen von der Regel des Entwurfes abweichenden allgemeinen Regeln über die Wirkung der Konkurseröffnung auf bestehende Rechtsverhältnisse aufrecht erhalten werde. Der Ausdruck „besondere Bestimmungen" läßt sich einfach im letzteren Sinne als abweichende, partikularrechtliche Bestimmungen deuten. Die Redaktion des Paragraphen wird deshalb in der Richtung, daß nur die besonderen Bestimmungen für einzelne Rechtsverhältnisse aufrecht erhalten werden, zu verbessern sein.

Insofern zweiseitige Verträge ferner noch nicht erfüllt, d. h. nicht durch vollständige Leistung von beiden Seiten ganz erledigt sind, setzt der Entwurf — von den eben erwähnten besonderen Vorschriften abgesehen — eine regelmäßige Einwirkung des eröffneten Verfahrens dahin fest, daß der Verwalter ein Wahlrecht hat, ob der Vertrag vollständig erfüllt werden oder die weitere Erfüllung unterbleiben soll, ein Wahlrecht, das auf Antrag des anderen Theiles in gerichtlich zu bestimmender Frist ausgeübt werden muß, wenn weitere Erfüllung stattfinden soll (§ 20). Insoweit solchen Falles eine Leistung von Seiten des Gemeinschuldners noch zu erfolgen hat, wird dieselbe als Massenschuld berichtigt (§ 58 Nr 2). Der Entschädigungsanspruch für Nichterfüllung oder Aufhebung des Rechtsverhältnisses in Folge des eröffneten Verfahrens ist Gemeinforderung, soweit nicht ein Absonderungsrecht begründet ist (§ 26).

Die hier wiedergegebenen Vorschriften zielen auf eine Vereinfachung der Regeln des Preußischen Konkursrechtes in §§ 15—21 der Konkursordnung. Wenn dabei von dem in § 16 Abs. 2 K.-O. besprochenen Rücktrittsrecht des anderen Kontrahenten wegen Veränderung der Umstände nicht die Rede ist, so kann dies auch vom Standpunkte des Preußischen Rechtes nur gebilligt werden. Nur bei solchen Leistungen, welche an die Person des Gemeinschuldners oder seiner Angehörigen geknüpft sind, kann in Frage kommen, ob dem anderen Kontrahenten Erfüllung trotz des Konkurses zuzumuthen ist, ob er an den Gemeinschuldner zu leisten hat, obgleich durch diese Leistung sein vorher nicht begründetes Theilnahmerecht am Gemeinschuldverfahren nach § 5 des Entwurfes nicht begründet werden kann, und er also nur einen außerhalb des Verfahrens geltend zu machenden Anspruch an den Gemeinschuldner erwirbt. Die Regeln hierüber ändern nichts an der Bildung und Vertheilung der Gemeinmasse, zu welcher die Rechte auf Leistungen an die Person des Gemeinschuldners nicht gehören. Die betreffenden Bestimmungen gehören also in das Civilrecht, nicht in eine Konkursordnung.

Dem Entwurfe ist in gleicher Weise zuzustimmen, wenn die Grundanschauung der Preußischen Konkursordnung vom Eintritte der Gläubigerschaft in das Vertragsverhältniß, von einem Uebergange an die Gläubigerschaft (K.-O. §§ 15 u. 16) auch hier aufgegeben ist. Wenn aber der Entwurf es des Weiteren verschmäht, mit der Konkurs-

ordnung zwischen den Fällen, in denen von der einen Seite bereits vollständig erfüllt und nur von der anderen Seite die Leistung ganz oder zum Theil zurücksteht, und den Fällen zu unterscheiden, in welchen noch keiner von beiden Theilen ganz erfüllt hat, so muß dieser Aenderung des Preußischen Rechtes entschieden entgegen getreten werden. Allen Scharfsinn der Ausführungen auf S. 90 u. 92 Bd. I der Motive in Ehren, — so wird sich dennoch nicht begründen lassen, daß der Anspruch des Verkäufers, der die Kaufsache übergeben und gesetzlich nur das Recht auf Zahlung des Kaufpreises hat, [1]) durch Konkurseröffnung über sein eigenes Vermögen zu seinen Gunsten, wenn z. B. die Sache nach der gegenwärtigen Konjunktur theurer zu verkaufen ist, sich in einen Anspruch auf Herausgabe der Kaufsache nach der Wahl des Verwalters umwandle. Und wenn der umgekehrte Fall nicht ebenso widerrechtlich klingt, so muß es doch aus anderen Gründen ebenso unzulässig erscheinen, den Verwalter mit der Befugniß auszurüsten, trotz vollständiger Leistung des anderen Kontrahenten an den Gemeinschuldner, nach seiner Willkür zu bestimmen, daß vollständige Erfüllung des Vertrages gewährt werde, daß also die bei Eröffnung des Verfahrens bereits begründete Schuld des Gemeinschuldners als Massenschuld bezahlt werden soll. Das Argument der Motive, das werde ja der Verwalter nicht thun, ist nicht stichhaltig. Auch die Nothwendigkeit einer Zustimmung des Gläubigerausschusses ändert nichts. Das Gesetz darf den Verwalter und den Gläubigerausschuß nicht zu Schenkungen an einen Gläubiger zum Nachtheile der anderen förmlich autorisiren. Auch wird der Gläubiger in die eigenthümliche Lage gebracht, in solchen Fällen, in denen vernünftiger Weise der Verwalter Zahlung als Massenschuld nicht bewilligen kann, doch erst das Gericht angehen zu können, damit es den Verwalter zur Ausübung des Wahlrechtes nöthige. Ist vollständig von einer Seite erfüllt, so darf die Konkurseröffnung weder das wohlerworbene Recht des anderen Kontrahenten auf das, was er vom Gemeinschuldner erhalten hat, zerstören, noch die Gemeinmasse dadurch gefährden, daß es von einem Wahlrecht, also vom Belieben des Verwalters abhängig gemacht wird, ob er ein Recht der Gemeinmasse erhalten oder es aufgeben will. Der spezielle Fall, den die Motive hervorheben und der darlegen soll, daß es wünschenswerth ist, auch nach vollständiger Leistung des anderen Kontrahenten

[1]) Vom gesetzlichen Eigenthumsvorbehalte des gemeinen Rechtes für den Fall nicht kreditirten Kaufgeldes wird hier abgesehen.

dem Verwalter ein Wahlrecht zu lassen, erledigt sich in anderer Weise. Wenn der Verkäufer einer bereits dem Gemeinschuldner in Erfüllung des Vertrages überlieferten Sache gesetzlich oder vertragsmäßig bei Nichtzahlung des Kaufpreises das Vindikationsrecht hat, so bedarf der Gemeinverwalter nicht des Wahlrechtes aus § 20 des Entwurfes, um die Vindikation durch vollständige Erlegung des Kaufpreises zu beseitigen, das Recht dazu ist als Recht des Gemeinschuldners Theil der Gemeinmasse und kann deshalb von ihm auch ohne § 20 ausgeübt werden.

Ein Grund zu besonderen allgemeinen Regeln liegt hiernach nur vor, wenn von beiden Seiten wenigstens theilweise Leistungen noch erfolgen müssen. Nur für diesen Fall ist die fernere Erfüllung von der Wahl des Verwalters abhängig zu machen; nur in diesem Falle besteht in Wahrheit eine Kollision zwischen der Berechtigung des Verwalters, die Forderungen des Gemeinschuldners zur Ausführung zu bringen, und seiner Freiheit von der Pflicht, die persönlichen Verbindlichkeiten des Schuldners zu erfüllen, — eine Kollision, die durch das Wahlrecht gelöst werden muß.

Nur zu billigen ist es sodann, wenn der Entwurf den Absatz 3 des § 16 der K.-O., welcher erst bei der parlamentarischen Berathung aus angeblichen Billigkeitsrücksichten gegen die ratio legis in das Gesetz gekommen ist, aufgegeben hat. Der Kontrahent, welcher theilweise erfüllt hat, darf nicht besser gestellt werden als der, welcher ganz erfüllt hat; wie dieser den Anspruch auf die Gegenleistung als Gemeingläubiger zu verfolgen hat, so muß jener, wenn der Verwalter nicht Nacherfüllung verlangt, mit seinem Entschädigungsanspruch unter die Gemeingläubiger verwiesen werden; ihm ein Vindikationsrecht einzuräumen, welches dem vollständig erfüllenden Kontrahenten nicht zusteht, ist folgewidrig.

Die besonderen Rechtsregeln des Entwurfes über die Einwirkung des eröffneten Verfahrens auf einzelne Rechtsgeschäfte sind die folgenden:

1. Der Kauf auf Zeit und der Vertrag über zukünftige Lieferung, deren Gegenstand marktgängige oder kursmäßige Waaren sind, wandeln sich durch die Konkurseröffnung, wenn der Stichtag hinter den Zeitpunkt derselben fällt, für jeden der Kontrahenten in der Weise um, daß als Stichtag der Tag der Eröffnung des Verfahrens

angesehen wird und nun nicht mehr Erfüllung, sondern nur Entschädigung (die Differenz) nach dem Kurse, den die Waaren mit der stipulirten Lieferungszeit an jenem Stichtage haben, gefordert werden kann (§ 20).

Die Preußische Konkursordnung in der durch das Gesetz vom 12. März 1869 dem § 17 gegebenen Redaktion stimmt hiermit überein und enthält nur für den Fall, daß ein die Lieferungszeit berücksichtigender Markt- oder Börsenpreis für den Tag der Konkurseröffnung nicht zu ermitteln ist, die fernere Vorschrift, daß dann der Markt- oder Börsenpreis des kontraktlichen Erfüllungstages oder der Durchschnittspreis der kontraktlichen Erfüllungszeit maßgebend ist. Die Motive des Entwurfes halten diese Vorschrift für nicht geboten: es liege für den Ausnahmefall, daß die Lieferung gleichartiger Waaren zu dem kontraktlichen Termine am Tage der Konkurseröffnung einen marktgängigen Preis nicht habe, kein Bedürfniß vor, die Spezialbestimmung des § 21 (die unbedingte Nichterfüllung des Lieferungsgeschäftes) eintreten zu lassen. Aber daß dann § 21 nicht eintrete, folgt nicht aus dem Wortlaute dieser Vorschrift, die vielmehr zweifellos auch den fraglichen Fall umfaßt. Wie der Entwurf liegt, würde in solchem Falle der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen und nur ein Entschädigungsanspruch möglich, dieser aber, als nicht liquide zu stellen, unverfolgbar sein. Die Vorschrift der Konkursordnung ist vorzuziehen.

Es fragt sich aber, ob überhaupt der Standpunkt der Konkursordnung und des Entwurfes durchgängige Billigung verdient. Das ist zu leugnen für den Fall, daß der Kaufpreis für die auf Zeit bedungene Leistung vollständig vor der Konkurseröffnung bezahlt ist. Warum soll das vollerworbene, durch keine Leistung seinerseits mehr bedingte Recht des Kaufmannes auf eine Kornleistung in späterer Zeit dadurch, daß über sein Vermögen vorher Konkurs eröffnet wird, in einen Differenzanspruch verwandelt werden? Hält man den obigen Grundsatz fest, daß nur diejenigen Geschäfte, bei denen beide Theile noch etwas zu leisten haben, nach der Wahl des Gemeinverwalters zu erfüllen sind oder unerfüllt bleiben, so liegt kein Grund vor, den festbegründeten Anspruch auf Lieferung für unerfüllbar zu erklären. Und ist Gemeinschuldner derjenige Theil, der den Kaufpreis erhalten hat, und dafür am Stichtage liefern sollte, so fehlt es ebenfalls an jedem Grunde, die Berechnung des dann ja allein in Frage stehenden

Entschädigungsanspruches für den Fall der Kursmäßigkeit der Waare in künstlicherer Weise zu ordnen als unter Zugrundelegung des Kurses der Stichzeit selbst. Hiernach ist wünschenswerth, daß von der Bestimmung in § 21 der Fall ausgenommen werde, wenn der Kauf- oder Lieferungspreis vor der Eröffnung des Verfahrens vollständig gezahlt ist.

2. Die Fortdauer [1]) eines vor der Eröffnung des Verfahrens durch Uebergabe des Miethsobjektes in Wirksamkeit gesetzten Pacht- oder Miethskontraktes über Sachen soll nach dem Entwurfe durch Eröffnung des Verfahrens nicht in Frage gestellt werden. Hatte aber der Gemeinschuldner gepachtet oder gemiethet, so kann der Verwalter und ebenso der Verpächter oder Vermiether zu den gesetzlichen Zeiten mit den gesetzlichen Fristen kündigen. Das gleiche Recht steht dem Verpächter oder Vermiether zu, wenn der Gemeinverwalter kraft seines Wahlrechtes Erfüllung eines noch nicht durch Uebergabe angetretenen Pacht- oder Miethsverhältnisses beansprucht hat. Freiwillige Veräußerungen einer vom Gemeinschuldner verpachteten oder vermietheten Sache' die vor der Eröffnung des Verfahrens übergeben ist, wirken wie eine Zwangsveräußerung auf die Dauer des Vertrages ein (§§ 22, 23). [2])

Diese Vorschrift weicht von dem entsprechenden § 18 der Preußischen Konkursordnung ab durch Unterscheidung der Fälle, wenn die Sache bereits übergeben war oder nicht, ferner dadurch, daß im Preußischen Rechte dem Vermiether gegen den Verwalter ein Kündigungsrecht nicht gewährt ist, und endlich dadurch, daß die verabredete Kündigungsfrist, wenn sie kürzer ist als die gesetzliche, auch für die Kündigung auf Grund des Konkurses von Bestand bleibt.

Dem Entwurfe ist zunächst darin beizustimmen, daß jedenfalls in

---

[1]) Der § 22 sagt wörtlich: „Auf Pacht- und Miethverträge über Sachen übt die Eröffnung des Verfahrens nur folgende Wirkungen aus"; daß daraus nicht etwa zu folgern, daß auch die Pacht- oder Miethzinsen der Vergangenheit als Masseschulden zu berichtigen sind, muß bei Besprechung der Masseschulden (§ 58 des Entwurfes) klargestellt werden, und wird zu dieser Stelle hierauf zurückzukommen sein. Auch in § 22 würde sich empfehlen, einzuschalten „Auf die (fernere) Erfüllung von Pacht- und Miethverträgen über Sachen nach der Eröffnung des Verfahrens."

[2]) Korrekter muß es wohl auch hier heißen „auf das Recht des Miethers oder Pächters auf den wirklichen Gebrauch der Sache für die Dauer des Vertrages." Denn nur hierauf kommt es an, und es braucht nicht erörtert zu werden, ob ein Entschädigungsrecht ex pacto bestehen bleibt. Nach gemeinem Rechte wirkt übrigens die Zwangsveräußerung nicht anders als die Veräußerung überhaupt.

dem Falle, wenn keiner der Kontrahenten den Gebrauchsüberlassungsvertrag irgend erfüllt hatte, kein Grund vorliegt, dem Gemeinverwalter das regelmäßige Wahlrecht zu entziehen und die Ausführung des Vertrages auf Rechnung der Masse anzuordnen, auch wenn diese nach Ansicht des Verwalters keinen Vortheil davon hat. Das Gegentheil ist eine durch nichts berechtigte Begünstigung der Kontrahenten solcher Verträge. Es scheint nur, daß der Entwurf von dem Preußischen Rechte nicht weit genug abgeht. Der durch Uebergabe der Pacht- oder Miethsache erfüllte Vertrag ist nicht dem vollständig erfüllten Vertrage über Sachleistung gleich zu stellen.[1]) Er ist, insofern es darauf ankommt, daß der künftige Gebrauch gewährt oder belassen werde, ein unvollständig erfüllter Vertrag. Deshalb rechtfertigt es sich, wenn bei Miethes- und Pachtverträgen, die der Gemeinschuldner als Miether oder Pächter geschlossen hat, die fernere Erfüllung des Vertrages, auch wenn der Gemeinschuldner den Miethsbesitz hat, von der Wahl des Verwalters abhängig bleibt. Es handelt sich ja bei Mieths- und Pachtverträgen nicht nur um Geschäftsräume, sondern etwa auch um Villen und Luxuswohnungen, um Miethsverträge über Staatskarossen, über unbestellte oder devastirte Aecker und so weiter, kurz um Dinge, deren Gebrauch der Masse in keiner Weise zu Gute kommt und rücksichtlich deren das Privileg des Vermiethers oder Verpächters, fortan als Massegläubiger befriedigt zu werden, eine schwere Verletzung der par conditio creditorum ist. Das gemeine Recht hat hiernach für diesen Fall den allein richtigen Rechtssatz, wenn es den Verwalter zur Fortsetzung des Vertrages berechtigt, aber nicht verpflichtet hält. Dem Willen des Verwalters, den Vertrag fortzusetzen, ist aber nicht die Deutung zu geben, daß er nun für die ganze Vertragszeit gebunden ist. Vielmehr, auch wenn Erfüllung des Vertrages gewählt wird, ist dies dahin aufzufassen, daß ein Kündigungsrecht vorbehalten bleibt, das dem Vertrag ein vorzeitiges Ende bereiten kann. Die Annahme der Unzulässigkeit eines so beschränkten Fortsetzungswillens ist durch nichts geboten. Durchaus richtig ist übrigens, daß dasselbe Kündigungsrecht dem Vermiether und Verpächter

[1]) Es ist eine eigenthümliche Inkonsequenz des Entwurfes, daß während bei Verträgen über Sachleistung, die wirklich durch Leistung von einer Seite abgemacht sind, die einseitige Erfüllung das Wahlrecht des Verwalters nicht ausschließen soll, der Uebergabe der Miethssache, welche wesentliche, aber nicht vollständige Leistung des Vermiethers ist, solche Wirkung beigelegt wird.

zustehen muß, auch wenn der Gemeinverwalter den Vertrag für längere Zeit erfüllen will, und richtig ist es ebenso, daß die vorzeitige Vertragsendigung von beiden Theilen nur unter Beachtung der gesetzlichen Fristen und Zeiten muß begehrt werden können. Die Fassung des Gesetzes muß nur, was im Entwurf nicht geschieht, hierbei die Mißdeutung verhindern, daß eine Miethe oder Pachtung, die nach dem Vertragsrechte mit kürzerer Frist schon jetzt aufkündbar war, deren Aufkündigung mit kurzer Frist also keine vorzeitige sein würde, in Folge der Konkurseröffnung dahin verlängert wird, daß sie nur unter Beobachtung der längeren gesetzlichen Frist gekündigt werden kann.

Ist der Gemeinschuldner Vermiether oder Verpächter, so ist anzuerkennen, daß die erfolgte Uebergabe einen Unterschied macht. Es entscheidet hier die dingliche Natur, welche das Recht des besitzenden Miethers und Pächters nach Preußischem Rechte zweifellos hat und zu der, trotz des Römischen Rechtes, die Entwickelung des gemeinen Rechtes hinneigt. Auch kann die Möglichkeit, daß der Gemeinschuldner für einen zu geringen Zins vermiethet hat, nicht dahin führen, ein Aufkündigungsrecht anzunehmen; in solchem Falle kann nur das Anfechtungsrecht helfen. Dem Entwurfe ist also dahin beizustimmen, daß nur in soweit einer Zwangsveräußerung, oder, was mit Rücksicht auf das gemeine Recht hinzuzufügen ist, der Veräußerung überhaupt, eine Einwirkung auf den Bestand des realen Mieths- und Pachtrechtes rechtlich beiwohnt, der Konkurs auf den Bestand einwirkt, und daß in dieser Beziehung jede Veräußerung im Konkurse da, wo nur die Zwangsveräußerung solche Wirkung hat, als Zwangsveräußerung zu betrachten ist.

Nach einer Richtung fehlt indessen im Entwurfe eine Vorschrift, die im Preußischen Rechte wenigstens für Grundstücksmiethe und -Pacht durch die sonstige Gesetzgebung ergänzt wird, die aber recht eigentlich in das Konkursrecht gehört und alle Mieths- und Pachtverträge betrifft. Der dingliche oder zur Dinglichkeit neigende Charakter des Mieths- und Pachtrechtes muß auch gegen den Verwalter im Konkurse des Verpächters und Vermiethers die Fortdauer des Vertragsrechtes sichern, aber doch nur die Fortdauer desselben als eines durch Gegenleistung bedingten. Es fragt sich deshalb, in wieweit der Verwalter auf Grund einer Vorauszahlung des Mieths- und Pachtzinses an den Gemeinschuldner den Gebrauch der Sache ohne ferneres Entgeld belassen muß. Eine Herübernahme und Generalisirung der in § 32 des Gesetzes

über den Eigenthumserwerb rc. vom 5. Mai 1872 zu Gunsten der dinglichen Grundstücksgläubiger gegebenen Vorschrift über die Wirkung der Vorauszahlung bei Miethe und Pacht in das Konkursrecht, in Folge deren der vorauszahlende Miether den zu weit vorausgezahlten und ihm als Zahlung nicht angerechneten Zins nur als Gemeingläubiger liquidiren könnte, möchte sich als zweckmäßig und gerecht empfehlen.

3. Ein bei dem Gemeinschuldner angetretenes Dienstverhältniß wird trotz der Eröffnung des Verfahrens für die Masse fortgesetzt und kann nur von beiden Theilen mit gesetzlicher, eventuell richterlich zu bestimmender Frist vorzeitig gekündigt werden (§ 24).

Diese Vorschrift ist dem Preußischen Konkursrechte fremd, sie geht weit über das Bedürfniß. Sie unterscheidet nicht und konnte, weil Beides häufig in einander fließt, nicht unterscheiden zwischen Dienstverträgen zur Förderung der Annehmlichkeit des Lebens für den Gemeinschuldner und Dienstverträgen zur Förderung seines Geschäftsgewinnes. Beide sollen nothwendig, ohne Wahl des Gemeinverwalters, von diesem, soweit es sich um die Gegenleistung des Gemeinschuldners handelt, als Massenschuld erfüllt werden müssen. Kommt es nun auch für die meisten Fälle praktisch wenig darauf an, ob die Befriedigung als Massenschuld oder als privilegirte Schuld (Liedlohn) erfolgt, so ist doch prinzipiell der Standpunkt des Entwurfes zu mißbilligen. Ohne Unterschied, ob es sich um ein angetretenes oder ein erst anzutretendes Miethsverhältniß handelt, erscheint es vielmehr richtiger, daß der Gemeinverwalter nach der Regel des Entwurfes wählen könne, ob er Erfüllung für die Zukunft verlangt. Verlangt er sie nicht, so wird der locator operarum seine Forderung für die Zukunft lediglich als Entschädigungsforderung und als Gemeingläubiger geltend machen können, soweit nicht auch diese Forderung nach den besonderen Bestimmungen des materiellen Rechtes ausgeschlossen oder eingeschränkt ist. Und nur wenn der Verwalter Erfüllung verlangt, ist es wünschenswerth und nothwendig, daß dies Verlangen — und zwar auch wenn es gegen den aufgestellt wird, der erst in Dienst treten soll — mit der beschränkten Wirkung ausgestattet werde, daß trotz desselben die im Entwurfe vorgesehene Kündigung statthaben kann. Bei vertragswidriger Einlegung derselben durch den Verwalter würde dann, wie im analogen Falle bei der Sachmiethe, eine Entschädigungsforderung wegen Unterbrechung der Vertragserfüllung in Folge des Gemeinschuld-

verfahrens übrig bleiben, die nach § 26 als Gemeinforderung geltend zu machen wäre.

Dritter Titel.

Anfechtung der vor der Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen.

Erst mit der Eröffnung des Verfahrens wird der Gemeinschuldner unfähig, über sein der Exekution unterliegendes Vermögen zu verfügen. Alle früheren Rechtshandlungen werden durch Eröffnung des Verfahrens in ihrer Gültigkeit nicht erschüttert. Der Entwurf nimmt aber, ähnlich der Preußischen Konkursordnung, in vier Abstufungen ein Anfechtungsrecht an, kraft dessen eine auf den Vermögensstand des Gemeinschuldners einwirkende Rechtshandlung den Gemeingläubigern gegenüber ihrer Wirksamkeit entkleidet werden kann, und zwar auch dann, wenn das Recht daraus[1]) gegen den Gemeinschuldner vollstreckbar geworden ist (§§ 27, 34), und beim Gemeinschuldverfahren über einen Nachlaß so, daß Rechtshandlungen der Erben des Gemeinschuldners wie Rechtshandlungen des Gemeinschuldners behandelt werden (§ 35).

Stellt sich hierbei der Entwurf in den wesentlichsten Beziehungen auf den Standpunkt des bestehenden Preußischen Rechtes, und laufen die Vorschriften des Entwurfes denen der Konkursordnung parallel, so muß doch gerade der Begründung dieses Abschnittes vor Allem nachgerühmt werden, daß die Verfasser des Entwurfes sich nicht an einer Revision des Preußischen Rechtes haben genügen lassen. Das Wesen des Anfechtungsrechtes, die Geschichte desselben, die Formen, unter denen es sich in den verschiedenen Gesetzgebungen findet, werden in glänzender Darstellung und mit einer solchen Gründlichkeit abgehandelt, daß eine eingehende Würdigung der gegebenen Ausführungen hier unmöglich ist. Es werden deshalb auch hier nach vergleichendem Hinweis auf den Inhalt der Konkursordnung nur diejenigen Punkte hervorgehoben werden, in welchen der Verfasser glaubt, den Entwurf bekämpfen zu müssen.

Die Fälle des Anfechtungsrechtes werden im Entwurfe wie in der Preußischen Konkursordnung unter den Nummern I bis IV zusammengestellt:

---

[1]) § 34 redet davon, daß die anzufechtende Rechtshandlung vollstreckbar geworden; die Rechtshandlung ist wohl nie vollstreckbar, sondern nur das Recht aus derselben.

I. Der schon vor der Eröffnung des Verfahrens in Folge der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners vorhandene Gemeinschuldanspruch zeigt sich, sobald er durch Zahlungseinstellung oder einen Antrag auf Eröffnung des Verfahrens zu Tage getreten ist, relativ wirksam für die Rechtshandlungen, welche den Vermögensstand des Schuldners berühren, insofern der dadurch Berechtigte von jenen Thatsachen Kenntniß hatte. Es gilt dies von Rechtsgeschäften des Gemeinschuldners, von den Leistungen desselben an Gemeingläubiger und von Leistungen an ihn, — von den Leistungen des Gemeinschuldners auch dann, wenn dieselben durch Zwangsvollstreckung beigetrieben sind (§ 28). Die an sich unter das Gesetz fallende Zahlung eines auf den Gemeinschuldner gezogenen Wechsels oder eines eigenen Wechsels desselben durch den Gemeinschuldner ist unanfechtbar, wenn in Folge derselben ein Regreßanspruch wegen unterlassener Protestaufnahme verloren gegangen ist. Dagegen findet im Falle der Zahlung einer solchen Wechselschuld ein Anspruch auf Erstattung der Zahlung an denjenigen statt, welcher nach Inhalt des unterliegenden Schuldverhältnisses der letzte Regreßpflichtige ist, wenn dieser schon bei Ausstellung oder Begebung des Wechsels Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder einem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens hatte (§ 33). Die Zahlungseinstellung und die Zeit derselben ist in dem einzelnen Anfechtungsprozesse besonders festzustellen; eine länger als sechs Monate vor Eröffnung des Verfahrens erfolgte Einstellung der Zahlungen wird nur als sechs Monate vorher erfolgt in Betracht gezogen (§ 32). [1])

Der Entwurf schließt sich in diesen Vorschriften an § 100 P. K.-O. an: die Voraussetzungen des Anfechtungsrechtes sind dieselben, der Kreis der anzufechtenden Akte ist erweitert. Nur in einer Beziehung ist der Ausdruck des Entwurfes enger. Während das Preußische Gesetz alle Zahlungen des Gemeinschuldners für anfechtbar erklärt, beschränkt der Entwurf diesen Ausdruck auf „Leistungen an Gemeingläubiger“. Es ist nicht ersichtlich, ob die beschränkende Fassung absichtlich gewählt ist. Wenn aber dadurch schlechthin die Anfechtung von Leistungen ausgeschlossen ist, welche an Gläubiger geschehen sind,

[1]) In diesem Sinne ist nach den Motiven § 32 des Entwurfes zu verstehen. Dem Wortlaute nach läßt er die Deutung zu, daß, wenn die Zahlungseinstellung schon länger als sechs Monate bei der Konkurseröffnung dauert, auch die in den letzten sechs Monaten vorgenommenen Rechtsakte der Anfechtung entzogen sein sollen. Diese Deutung wird eine Redaktionsänderung leicht ausschließen können.

die ein Absonderungsrecht geltend machen konnten, so ist dies ungerechtfertigt. Freilich die Herausgabe des Absonderungsobjektes an den dinglich berechtigten Gläubiger ist keine Handlung, welche das Befriedigungsrecht der Gemeingläubiger, die par conditio, verletzt; aber der Entwurf schließt nicht bloß diese Leistung, sondern jede Leistung an den absonderungsberechtigten Gläubiger von der Anfechtung aus, z. B. also die Zahlung einer Hypothek oder Grundschuld, die nach ihrer Stellung in der Reihenfolge der Hypotheken beim Verkauf des Absonderungsobjektes keine Aussicht hatte, zur Hebung zu kommen, u. dergl. mehr. Vielleicht ist der Ausdruck nur gewählt, um das Wort „Zahlungen," welches alle Leistungen an Gläubiger zwar in seiner rechtlichen Bedeutung, aber nicht im gemeinen Sprachgebrauche einschließt, zu vermeiden. Der Wegfall der Beschränkung ist wünschenswerth.

Ausgedehnt ist das Gebiet der Anfechtung, insofern Leistungen oder Zahlungen des Gemeinschuldners, auch wenn sie im Wege der Zwangsvollstreckung erhoben sind, und Leistungen an den Gemeinschuldner, sofern sie nicht erzwungen sind, anfechtbar erklärt werden. Der ersten Ausdehnung, wenn sie überhaupt eine Ausdehnung ist, beizustimmen, ist unbedenklich, auch die zweite viel bedenklichere wird in den Motiven[1]) vortrefflich begründet. Nimmt man sie aber an, so muß man noch weiter gehen. Konsequenz des rechtlichen Standpunktes des Entwurfes, daß ein redlicher Schuldner des Gemeinschuldners, wenn er Kenntniß von der Zahlungseinstellung oder einem Antrage auf Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens hat, nicht mehr an den Gemeinschuldner leisten darf, ist der materielle Rechtssatz, daß ein solcher Schuldner, um sich von der Schuld zu befreien, ein Recht auf Deposition hat. Ist dies richtig, so darf man sich auch nicht scheuen, den durch Exekution zur Zahlung genöthigten Schuldner mit dem freiwillig zahlenden auf die gleiche Stufe zu stellen. Auch jener hat dann, wenn er redlich bleiben will, die Deposition nachzusuchen und kann auf Grund dieses Rechtes einen Einwand gegen den Zwang zur Zahlung erheben. Stellt man sich nicht auf diesen Standpunkt, so öffnet man der Kollision mit dem Gemeinschuldner Thür und Thor, zumal es nach dem Entwurfe der Civilprozeßordnung dem Gemeinschuldner sehr leicht sein wird, sich gegen den gutwilligen Schuldner in einer notariellen Erklärung desselben (Civ.-P.-O. § 638 Nr. 4) einen vollstreckbaren Titel zu verschaffen.

[1]) Bd. I, S. 155.

Auch die Preußische Konkursordnung enthält Ausnahmebestimmungen, welche die Anfechtung von Wechselzahlungen einschränken und zum Theil dieser Anfechtung wie der Entwurf die Richtung gegen Andere als die unmittelbaren Zahlungsempfänger geben. Die Ausnahme ist aber im Entwurfe enger begrenzt; während die Konkursordnung jede Zahlung, die vom Cridar als eigentlichen Wechselschuldner (Trassat des gezogenen, Aussteller des eigenen Wechsels) geleistet wird, rücksichtlich der Anfechtung beschränkt, geschieht dies im Entwurfe nur für solche Zahlungen, in Folge deren die Aufnahme eines sonst nothwendigen Protestes unterlassen ist. Dem Entwurfe ist dahin zuzustimmen, daß wenn dem letzten Inhaber des Wechsels ein Regreß überhaupt nicht zustand, weil von allen Vormännern ohne Obligo indossirt war, kein Grund vorliegt, die Anfechtung der Zahlung direkt gegen den Zahlungsempfänger auszuschließen. Der Wechselinhaber aber, welcher schon hat Protest erheben lassen oder welcher des Protestes nicht zum Regreß bedarf, weil ihm „ohne Kosten" girirt ist, war, auch wenn er von dem Antrage auf Konkurseröffnung oder der Zahlungseinstellung Kenntniß hatte, in der Lage, die vom Hauptwechselschuldner gebotene Zahlung annehmen zu müssen und sich dadurch faktisch den an und für sich rechtlich begründeten Regreß zu verschließen. Wird dann die Zahlung von ihm zurückgefordert, nachdem inzwischen die Verjährung der Wechselregreßklage abgelaufen ist, so bleibt er durch die Annahme der Zahlung, zu der er verpflichtet war, geschädigt. Es ist deshalb dem § 33 hinzuzufügen, daß die Rückforderung der Wechselzahlung von dem Empfänger auf Grund des § 28 auch dann nicht statt hat, „wenn der rechtlich begründet gewesene Regreß des Zahlungsempfängers durch die Zahlung ausgeschlossen wurde und inzwischen die Wechselregreßklage verjährt ist."

Die Preußische Konkursordnung steht ferner in sofern auf einem anderen Standpunkte, als die Richtung der Rückforderungsklage, wenn die Anfechtung gegen den Zahlungsempfänger ausgeschlossen ist, nicht immer gegen denjenigen geht, welcher nach Inhalt des unterliegenden Schuldverhältnisses der letzte Regreßpflichtige ist, sondern beim trassirten Wechsel gegen den, auf dessen Rechnung gezogen ist, beim eigenen Wechsel gegen den ersten Indossaten, beim trassirten eigenen Wechsel gegen den ersten Indossatar (soll wohl heißen: den ersten Nehmer, d. i. in der Regel den Remittenten, und wenn ein trassirt eigener Wechsel an eigene Ordre möglich ist und vorliegt, den ersten Indossatar).

Den Verfassern des Entwurfs ist darin zuzustimmen, daß die Konku ordnung nicht für alle Fälle den richtigen Erstattungspflichtigen fes Der Sinn der Vorschrift, welche der Entwurf aufstellt, soll offen der sein, daß das Rückforderungsrecht gegen den Wechselregre schuldner statt hat, der unter Berücksichtigung des unterliegen Schuldverhältnisses als der letzte anzusehen ist, also regelmäßig d Wechselaussteller oder den ersten Indossanten, wenn aber zwischen die und einem andern Wechselregreßschuldner ein Verhältniß obwaltet, n welchem er für dessen Rechnung gehandelt hat, gegen diesen ande Das unterliegende Schuldverhältniß an sich wird in den meisten Fäl einen aus diesem Schuldverhältniß Regreßpflichtigen nicht ergeb die Regreßpflichtigkeit folgt nur aus dem Wechselzug. Mit Rück hierauf empfiehlt es sich vielleicht, die Redaktion des §. 33 Abs. etwas zu ändern.

Daß die Zeit der Zahlungseinstellung nicht ein für alle M wie im Konkursverfahren der Konkursordnung, festgestellt wird, e hält die Beseitigung eines schädlichen Formalismus; dem bestehend Rechte entspricht dabei, daß die Feststellung im einzelnen Falle ni über 6 Monate vor der Eröffnung des Verfahrens zurückgehen ka (§. 122 Abs. 4 K.-O.)

II. Rechtshandlungen, welche auf Begünstigung eines Gemei gläubigers hinauslaufen, indem sie ihm eine Sicherung oder Befr digung gewähren, welche er nicht zu beanspruchen hatte, gelten, we sie nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag oder i den letzten zehn Tagen vorher erfolgt sind, präsumtiv als un Kenntniß des Gemeingläubigers von der Zahlungseinstellung, dem A trag auf Konkurseröffnung oder der Absicht des Schuldners, de Gläubiger zu begünstigen, erfolgt, und sind, wenn diese Vermuthun nicht widerlegt wird, anfechtbar. (§. 29.) Von der Feststellung de Zahlungseinstellungszeit gilt das ad I. Gesagte. (§. 32.)

Der Entwurf unterscheidet sich für diesen Fall von §. 101 de Konk.-Ordnung abgesehen von der generellen Zusammenfassung der i §. 101 speziell hervorgehobenen Fälle grundsätzlich dadurch, daß er a Stelle der Fiktion der Unredlichkeit des begünstigten Gemeingläubige eine bloße Vermuthung setzt, die Anfechtung also für den Fall erwie sener Unkenntniß des Gläubigers von dem Zutagetreten des Gemein schuldanspruchs oder einer Begünstigungsabsicht ausschließt. Beide Abweichungen sind zu billigen. Hervorzuheben ist, daß nach der gene

tellen Fassung des Entwurfs die Anfechtung auch das in der kritischen Zeit erlangte richterliche Pfandrecht umfaßt, soweit nicht schon vorher ein Anspruch auf Sicherung begründet war.

III. Als unzulässige Benachtheiligungen der Gläubiger sind ferner ohne Nachweis einer auf Benachtheiligung gerichteten Absicht anfechtbar Freigebigkeiten des Gemeinschuldners aus den letzten zwei Jahren vor Eröffnung des Verfahrens und zwar sowohl Entsagung von Anfällen, Erbschaften und Vermächtnissen, als Verfügungen des Gemeinschuldners, welche er unentgeldlich oder gegen ein scheinbares Entgeld vorgenommen hat, mit Ausnahme der Gelegenheitsgeschenke von geringem Werth, — ebenso aber auch alle in demselben Zeitraum geschlossenen unentgeldlichen Verträge des Gemeinschuldners mit seinem Ehegatten vor oder nach geschlossener Ehe, mit seinen oder seines Ehegatten Ascendenten oder Descendenten und Geschwistern oder deren Ehegatten, sofern die Gegner nicht Thatsachen nachweisen, aus denen hervorgeht, daß sie zur Zeit des Vertrages eine Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, nicht gekannt haben. (§. 30.)

Die Preußische Konkursordnung (§. 102) weicht ab in dem Zeitraum, den sie von der Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Konkurseröffnung zurückrechnet, darin, daß sie von den anzufechtenden Liberalitätsakten kleine Gelegenheitsgeschenke nicht ausnimmt, daß sie Leibrentenverträge wie Schenkungen, auch wenn ein ernstliches Entgeld bedungen ist und der Gegner den Nachweis seiner bona fides führen kann, der Anfechtung unterwirft, und daß sie unter Vorbehalt dieses Nachweises nur Veräußerungen unter lästigem Titel, nicht entgeldliche Verträge überhaupt für anfechtbar erklärt. Alle Aenderungen des Entwurfs sind hier Verbesserungen.

IV. Ohne Zeitbeschränkung endlich erachtet der Entwurf (§. 31) für anfechtbar Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem andern Theil bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat, und zwar auch wenn dieselben in einem Prozeß vorgenommen sind, sowie Freigebigkeiten an oder für den Ehegatten, und jede Sicherstellung oder Rückgewähr des gesetzlich in die Verwaltung des Ehemannes gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, wenn letztere vorgenommen sind, ohne daß dazu eine gesetzliche Verpflichtung bestand.

Sieht man davon ab, daß in dieser Vorschrift die im §. 103 der Preuß. Konkursordnung hierher gezogenen aber sicher nicht hierher

gehörenden Scheingeschäfte nicht erwähnt sind, so enthält der Entwurf eine zutreffende generelle Redaktion dessen, was schon die Konkursordnung bestimmt. Eine materielle Abweichung liegt insoweit vor, als die Konkursordnung der Ehefrau des Gemeinschuldners deren Rechtsnachfolger bezüglich der praeter legem erfolgenden Sicherungs- und Abfindungshandlungen des Gemeinschuldners gleichstellt, also insbesondere den Cessionar einer Illatenforderung wie die Ehefrau behandelt; was der Entwurf, da der Cessionar einer solchen Forderung dem Singularsuccessor in anderen Fällen durchaus gleichsteht, für unbegründet erachtet. Ferner wird in der Konkursordnung das allgemeine Prinzip der Anfechtbarkeit aller Schenkungen an die Ehefrau durch das im §. 88 Nr. 3 anerkannte Vindikationsrecht der Frau rücksichtlich der ihr vom Gemeinschuldner zu persönlichem Gebrauch gewährten Betten, Leibwäsche und Kleidungsstücke gebrochen. Es scheint, daß der Entwurf die Vorschrift nicht für erforderlich ansieht, weil nach §. 651 Nr. 1 des Entwurfs der Civilprozeßordnung diese Gegenstände, soweit sie unentbehrlich, nicht abgepfändet werden können, also auch nicht zur Gemeinmasse im Gemeinschuldverfahren gehören. In redaktioneller Beziehung mag hervorgehoben werden, daß der Ausdruck des Entwurfs „Freigebigkeiten an oder für seinen Ehegatten" so verstanden werden kann, als ob Geschenke, welche der Gemeinschuldner in Vertretung des Gatten oder um dessen etwaigen moralischen Verbindlichkeiten zu genügen, gemacht hat, dem Geschenknehmer gegenüber anfechtbar sein sollen; es wird deshalb die Fassung „an seinen Ehegatten oder zum Vortheil desselben" vielleicht vorzuziehen sein.

Ueber die Ausübung des Anfechtungsrechts enthält der Entwurf nachfolgende Bestimmungen:

1. Das Anfechtungsrecht steht dem Gemeinverwalter, und wenn dieser es nicht ausübt, jedem Gemeingläubiger, jedoch nur zur Vergrößerung der Gemeinmasse zu, in welche das Erstrittene abzüglich der Prozeßkosten fließt. (§. 36.) Die Vorschrift entspricht dem §. 112 K.-O., nur daß hier das Klagerecht des einzelnen Gläubigers davon abhängig gemacht ist, daß die Gläubigerschaft nicht klagen will. Mit der durch den sonstigen Inhalt des Entwurfs gebotenen Aenderung, daß es auf das Nichtwollen des Verwalters ankommt, scheint der Standpunkt der Konkursordnung der richtigere. Das Klagerecht des Einzelnen kann nicht schon dann als begründet angesehen werden, wenn der Verwalter bis zur Klage noch nichts zur Verfolgung des Anspruchs

gethan hat. Was soll sonst geschehen, wenn der Verwalter nachträglich auch die Anfechtungsklage anstellt? Wird dadurch das vorher begründete Klagerecht des einzelnen Gläubigers beseitigt? oder soll der Verwalter in den anhängigen Prozeß statt des einzelnen Gläubigers eintreten und an die Erklärungen und Zugeständnisse desselben gebunden sein?

2. Die Anfechtungsklage geht auf Erstattung dessen, was aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, fort- oder aufgegeben ist, gegen den gutgläubigen Empfänger einer Liberalität aber nur, insoweit er noch bereichert ist. (§. 37.) Die Gegenleistung wird nur insoweit sie unterscheidbar zur Masse gekommen ist, als Massenschuld erstattet, sonst muß das Recht darauf als Gemeinforderung geltend gemacht werden. (§. 38.)

In letzterer Beziehung weicht das sonst übereinstimmende Recht der Konkursordnung §§. 106—108 ab: dasselbe läßt dem Erwerber die Gegenleistung jedesmal ganz aus der Konkursmasse erstatten, dem erweislich bösgläubigen, soweit die Masse dadurch reicher geworden ist; die Anfechtung einer Zahlung soll die Forderung als Gemeinforderung herstellen. Den Vorschriften des Entwurfs muß als den folgerichtigeren — (auch gemeinrechtlich anerkannten) — Sätzen durchaus beigestimmt werden.

3. Das an sich begründete Anfechtungsrecht kann gegen einen Rechtsnachfolger des ursprünglichen Gegners auch abgesehen von Erben, sofern nicht Reichsgesetze oder das Landrecht den Erwerber günstiger stellen, gerichtet werden, und zwar auf den Betrag der bei ihm vorhandenen Bereicherung, sofern er den Gegenstand unentgeldlich oder für ein nur scheinbares Entgeld erworben hat; zum vollen Betrage, wenn ihm zur Zeit des Erwerbes bekannt war, daß der Gemeinschuldner die Rechtshandlung in der Absicht, die Gläubiger zu benachtheiligen, vorgenommen hat, oder wenn er sich von der auf ihm als Ehegatten, oder zu den Ascendenten, Descendenten oder Geschwistern des Gemeinschuldners oder seines Ehegatten gehörig lastenden Vermuthung dieser Kenntniß nicht befreien kann. (§. 39.) Die Vorschrift entspricht dem §. 109 K.-O. Nur die Ausnahme „sofern nicht Reichsgesetze oder das Landesrecht für den Erwerber günstigere Bestimmungen enthalten", ist selbstverständlich neu.

Vierter Titel.

Ansprüche auf Herausgabe von Sachen aus der Gemeinmasse.

Wie die Preußische Konkursordnung (§. 22) die Rückforderung der dem Gemeinschuldner nicht gehörigen, in der Konkursmasse befind-

lichen Gegenstände ohne spezielle Aufzählung der Fälle für zulässig erklärt, so geschieht das Gleiche in §. 40 des Entwurfs, nur daß hier in verbesserter Redaktion besonders hervorgehoben werden die Ansprüche auf Herausgabe einer Sache auf Grund des Eigenthums und die persönlichen Ansprüche auf Rückgabe einer dem Gemeinschuldner nicht gehörigen Sache. Ein eigenthümliches Abforderungsrecht im Konkurse erkennt die Gemeinschuldordnung nur für den Verkäufer einer auf dem Transport befindlichen Waare an (right of stoppage in transitu.) (§. 41.) Die Verfolgung von Eigenthumsansprüchen des Ehegatten des Gemeinschuldners ist durch besondere Vorschriften beschränkt. (§§. 42 — 45.) Diese Besonderheiten des Konkursrechtes sind nachher noch näher darzulegen. Statt der abzufordernden Sache ist, falls diese vom Gemeinschuldner oder nach Eröffnung des Verfahrens vom Verwalter verwerthet ist, dasjenige, was von der Gegenleistung zur Gemeinmasse eingezogen ist, herauszugeben und die ausstehende Forderung auf die Gegenleistung abzutreten. (§. 46.)

Daß das Rückforderungsrecht in allen Fällen unabhängig von dem Konkursverfahren gegen den Verwalter geltend gemacht werde (K.-O. §. 30), ausdrücklich auszusprechen, hat der Entwurf nicht für nöthig gehalten, ebenso ist Hervorhebung des Satzes, daß dem Gemein-Verwalter dieselben Retentionsrechte wie dem Gemeinschuldner zustehen (K.-O. §. 29), bei den klaren Bestimmungen des Entwurfs über Vertretung des Gemeinschuldners durch den Gemeinverwalter unnöthig, und deshalb davon mit Recht Abstand genommen. Der §. 46 des Entwurfs faßt die Vorschriften der §§. 23—28 und 44 K.-O. treffend zusammen. Die in der Konkursordnung als konkursrechtliche Sonderheiten behandelten Fälle der §§. 24 und 25 sind mit Recht ausgelassen, weil sie, soweit sich ihre Aufrechterhaltung rechtfertigt, durch die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts resp. des Handelsrechts gedeckt werden. Die singulären Vorschriften des Entwurfs haben den folgenden Inhalt:

1. Das Stoppagerecht des Verkäufers bezieht sich (wie nach K.-O. §§. 26 27) auf verkaufte und noch nicht vollständig bezahlte Waaren, welche an den Gemeinschuldner abgesendet und noch nicht vor Eröffnung des Verfahrens an den Ort der Ablieferung in die Gewahrsam des Gemeinschuldners oder einer andern Person für ihn gelangt sind. Es ist ausgeschlossen, wenn der Gemeinverwalter die Kaufverbindlichkeiten erfüllt und wenn vor der Eröffnung des Verfahrens

die Waare von einem dritten in gutem Glauben gekauft, ihre Abladung bewirkt und an den Käufer die Uebergabe des an Ordre lautenden Konnossements oder Ladescheins erfolgt ist. (§. 41.) Der letzte Theil der Vorschrift enthält eine das geltende Handelsrecht sachgemäß in Betracht ziehende Umänderung des §. 27 Nr. 3 der Konk.-Ordn. Zweifelhaft ist an der neuen Vorschrift nur die besondere Hervorhebung des Umstandes, daß, um die Rückforderung für ausgeschlossen zu erachten, auch die Abladung der Waare vor der Eröffnung des Verfahrens bewirkt sein müsse. Der Fall muß ja allerdings regelmäßig so liegen; denn erst nach Beendigung der Abladung hat der Schiffer das Konnossement auszustellen (H.-G.-B. Art. 644); und wenn es für den Ladeschein [1]) an gleicher ausdrücklicher Vorschrift fehlt, so liegt dieselbe doch in der Natur der Sache. Die besondere Hervorhebung des Umstandes muß also den Fall ins Auge nehmen, wenn der Schiffer das Konnossement, der Frachtführer den Ladeschein ausnahmsweise vorweg in Erwartung des Empfangs der Ladung ausgestellt hat, Ladeschein oder Konnossement demnächst vom Verkäufer an den Gemeinschuldner versandt und von diesem an einen gutgläubigen Käufer indossirt ist, alles vor der wirklichen Abladung. Es scheint kein Grund vorzuliegen, für diesen Fall den gutgläubigen Inhaber des Konnossements weniger zu schützen. Daß der Verkäufer in solchem Fall dem Gemeinschuldner und dem dritten Käufer gegenüber nicht verpflichtet ist, die Abladung oder Befrachtung noch vor der Konkurseröffnung ins Werk zu setzen, ist selbstverständlich. Ob er dazu in seinem Verhältniß zum Schiffer oder Frachtführer verpflichtet ist, nachdem dieser die formelle Urkunde ohne Empfang der Ladung ausgestellt und dadurch sich dem berechtigten Inhaber des Konnossements gegenüber in die Lage gebracht hat, liefern zu müssen, darüber entscheidet eben sein Verhältniß zum Frachtführer oder Schiffer. Kann aber dieser durchsetzen, daß ihm die Waare nachträglich gegeben werden muß, oder wird sie ihm gutwillig eingehändigt, so giebt das Konkursrecht keinen Grund, nachträglich das Stoppagerecht des Lieferanten der Waare gegenüber dem Inhaber des Konnossements 2c. zuzulassen, während dieser vom Schiffer aus dessen formalem Versprechen die Ladung zu fordern hat, und dem Schiffer gegenüber der Ablader zu liefern verpflichtet

---

[1]) Beiläufig mag bemerkt werden, daß für den Fall des Ladescheins das Wort „Abladung" nicht paßt.

ist. Es mag übrigens bei dieser Gelegenheit zugleich auf Art. 41? und 652 H.-G.-B. aufmerksam gemacht werden, die im Einführungsgesetz der Gemeinschuldordnung werden geändert werden müssen, wenn der Schiffer und Frachtführer ohne Rückgabe der Formalurkunde nach einer auf Grund des Stoppagerechts geänderten Anweisung des Absenders die Waaren auszuhändigen verpflichtet werden soll.

2) Die Vindikationsansprüche nicht bloß der Ehefrau, wie in der Preuß. Konk.-Ordnung §§. 88 ff., sondern beider Ehegatten werden nach dem Entwurf nur mit besonderen Beschränkungen zugelassen. Sie sind allgemein von dem Nachweis abhängig, daß der vindizirende Gatte die Gegenstände schon vor der Ehe besessen oder nach Eingehung der Ehe nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben hat (§. 42). Kann aber auch dieser Nachweis geführt werden, so ist die Vindikation ausgeschlossen an Gegenständen, welche die Gläubiger für Eigenthum des Gemeinschuldners zu halten Anlaß hatten, weil sie von ihm, ohne daß das Eigenthum des andern Gatten äußerlich erkennbar war, zum Betrieb seines Gewerbes gebraucht sind, oder weil es unbewegliche Sachen oder Kapitalien sind, die auf den Namen des Gemeinschuldners im Grund- oder Hypothekenbuch eingetragen gewesen sind oder auf den Namen desselben ausgestanden haben (§. 43). Ausgeschlossen ist die Vindikation ferner, wenn das eigne Vermögen des vindicirenden Ehegatten oder das gemeinschaftliche Vermögen für die Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners haftet, und diese Vorschrift ist auch auf Kinder des Gemeinschuldners anwendbar, die mit ihm in fortgesetzter Gütergemeinschaft leben (§. 44). Der Ehegatte geht ferner des Eigenthumsanspruchs gegen den, der die Sache vom Gemeinverwalter erworben hat, verlustig, wenn er den Anspruch nicht in den ersten vier Wochen nach Eröffnung des Verfahrens erhoben[1]) und

---

[1]) Da in der Sprachweise der Civilprozeßordnung Klageerhebung ein technischer Begriff ist, so wird der Ausdruck „Erhebung des Anspruches" besser durch einen andern ersetzt. Auch weiß man nicht: wodurch wird der Anspruch erhoben? Durch Eingabe zu den Konkursakten oder durch jede Mittheilung an den Gemeinverwalter? Die Motive Bd. I. S. 242 geben keine Auskunft. An sich sollte man deshalb annehmen, daß jede Mittheilung genügt: aber wie soll denn nach §. 45 Abs. 2 das Gericht bescheinigen können, daß der Anspruch nicht rechtzeitig erhoben ist? Aber freilich auch bei Behändigung der Klage kann das Gericht nur durch den Gemeinverwalter etwas erfahren. Der Entwurf ist hier in dem Streben, das etwas weitläufige Verfahren des §. 90 Abs. 2 K.-O. zu vereinfachen, zu weit gegangen.

nicht in weiteren 4 Wochen im Bestreitungsfall die Klage dem Verwalter hat zustellen lassen. Das so erlangte Verfügungsrecht ist dem Verwalter erforderlichen Falls vom Gericht urkundlich zu bescheinigen. (§. 45).

Die Abweichung vom preußischen Konkursrechte dahin, daß besondere Vorschriften auch für Ansprüche des Ehemannes im Konkurse über das Vermögen der Ehefrau gegeben werden, kann nur gebilligt und für dem Bedürfnisse entsprechend erachtet werden. Die allgemeine Vorschrift des §42 aber, welche in negativer Fassung für die verschiedenen im deutschen Reiche geltenden Rechtssysteme im Wesentlichen dasselbe zu erreichen sucht, was §. 88 K.-O. in positiver Fassung für die vindizirende Ehefrau ausspricht, ist wenigstens so, wie die Vorschrift gefaßt ist, für das Klagerecht des Ehemannes bedenklich. Die praesumtio Muciana ist nun einmal nichts Willkürliches, sondern, was immer der Anlaß für die gesetzliche Formulirung gewesen, ein in der Natur der gewöhnlichen ehelichen Verhältnisse wohl begründeter Satz. Und mag man im Hinblicke auf freie Beweiswürdigung sich noch so sehr sperren gegen unnütze Präsumtionen, man muß auch nicht Sätze aufstellen, die die Rechtssprechung da, wo nicht anders als nach Inzichten entschieden werden kann, zur Annahme einer naturwidrigen Präsumtion, zu einer nicht berechtigten Vertheilung der Beweislast führen.

Mit gutem Grunde machen die Motive selbst darauf aufmerksam, daß bei einem Eigenthumsstreit zwischen Eheleuten nicht davon die Rede sein kann, dem Besitze des einen der Ehegatten eine entscheidende Bedeutung beizulegen. Ein dem Andern gegenüber abgeschlossenes Besitzverhältniß findet hier nicht statt.*) Deshalb bleibt als Ausgangspunkt für die Beweislast oder als letzte Zuflucht für die Beweiswürdigung die Mucianische Präsumtion. Daß man immer für den Gatten vermuthen müßte, der im Konkurs ist, läßt sich doch nicht rechtfertigen, — und wenn es sich rechtfertigen ließe, wie dann, wenn über beider Gatten Vermögen Konkurs eröffnet ist, und dieselbe Sache für beide Gemeinmassen in Anspruch genommen wird? Es ist hiernach zu mißbilligen, wenn von dem vindizirenden Gatten der Nachweis verlangt wird, daß er die Sache vor der Ehe besessen oder nach Eingehnug der Ehe nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben hat. Jedenfalls ist der

*) Motive Bd. I. S. 231–234. — Der Besitz als Besitz soll darum doch geachtet werden, eine Besitzentziehung nicht stattfinden, der Besitz über Zurechnung zur Gemeinmasse entscheiden. S. 241.

letztere negative Nachweis als solcher nur für das Verhältniß der kla-
genden Ehefrau zu fordern. Annehmbarer würde die Vorschrift schon
dann sein, wenn sie ohne jede Forderung eines „Beweises" vom Klä-
ger lautete: „er nur dann in Anspruch nehmen, wenn er den Ge-
genstand schon vor der Ehe besessen oder nach Eingehung der Ehe nicht
mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben hat."

Durch die negative Fassung des §. 42 des Entwurfes wird im
Gegensatze zu der positiven Formulirung der Fälle, in denen nach §. 88
der Konkursordnung die Klage statt hat, eine größere Reihe von Fällen
der Vindikation durch die Ehefrau zugelassen, namentlich die Fälle des
Erwerbs der Frau durch ihre Fertigkeit und durch Gewerbebetrieb,
soweit sie dadurch für sich Eigenthum erwirbt. Ausgeschlossen aber ist
der Fall des § 88 Nr. 3, Vindikation der der Frau vom Manne geschenktes
zum persönlichen Gebrauch bestimmter Betten, Kleidungsstücke und
Wäsche, welcher, weil diese Gegenstände, soweit sie unentbehrlich, nicht
zur Gemeinmasse gehören, keine erhebliche Bedeutung hat. Die Vor-
schrift des §. 89 Abs. 2 der Konk.-O., nach welcher vertragsmäßig vor-
behaltenes Vermögen von der Ehefrau nur auf Grund eines vor der
Ehe geschlossenen Vertrages oder auf Grund eines binnen Jahresfrist
nach dem Anfalle geschlossenen Vertrages zum Ausschluß des ehemänn-
lichen Nießbrauchsrechtes geltend gemacht werden kann, ist auch die
generelle Vorschrift dahin geschärft, daß das Nießbrauchsrecht des Ehe-
mannes nur vor der Ehe den Gläubigern gegenüber wirksam aufgegeben
werden kann.

Von den Vorschriften des Entwurfes über den Ausschluß der
Vindikation in Fällen, in denen die Gläubiger Anlaß hatten, das vindi-
zirte Vermögensstück für Eigenthum der Kinder zu halten, kennt die
K.-O. §. 89 nur den zweiten: aber auch der erste muß gebilligt wer-
den. Der Ausschluß der Vindikation, wenn das Vermögen der Frau
für die Schulden des Mannes namentlich wegen Gütergemeinschaft
haftet, entspricht den §. 94 K.-O. Es möchte sich aber empfehlen in
dem §. 44 des Entwurfes statt des Wortes „wenn" die Worte „so
weit" zu gebrauchen. Nach Lübischem Recht, wie es in Neuvorpommern
gilt, haftet z. B. bei beerbter Ehe das eingebrachte Gut der Frau und
bei fortgesetzter Gütergemeinschaft das gütergemeinschaftliche Vermögen
den Gläubigern des Mannes oder Vaters, — aber es kann die Ehefrau
bei der Illation Vermögensstücke vorbehalten haben, und es kann den
Kindern von Außen her ein Vermögensanfall zu Theil geworden sein,

.. diese Haftung nicht unterliegt, und der nach der Fassung des §. 94 .. D. und des §. 44 des Entwurfes zu Unrecht von der Vindikation ..geschlossen wäre. Auch möchte sich in Frage ziehen lassen, ob nicht, ..n zugleich über das Vermögen beider Eheleute selbständige ..nkurse eröffnet sind, trotz des Umstandes, daß das an sich selb..ndige Vermögen des einen Ehegatten für die Schulden des andern ..ftet, eine Sonderung der Massen nach dem Sondereigenthume der ..iden Gatten erforderlich ist, so daß die Gläubiger des einen Ehegatten, die sich auch an den andern halten wollen, ihre Ansprüche auch .. dessen Konkurs verfolgen müssen. Sonst würde den besonderen ..äubigern des Gatten, für den der andere nicht mithaftet, zu Un..ht die Gemeinmasse gekürzt werden.

Die Bestimmungen über die Nothwendigkeit, den Anspruch in be..mter Frist zu erheben, sollen den §. 90 der K.-O. ersetzen, welcher ..e Ueberweisung von Sachen und Forderungen, die auf den Namen ..r Ehefrau des Gemeinschuldners stehen, als zur Konkursmasse gehörig ..ordnet, wenn der Verwalter solche Ueberweisung beantragt und die ..frau nicht binnen 4 Wochen nach der Mittheilung hiervon widerspricht und diesen Widerspruch im Rechtswege ausführt. Bereits in ..r Anm. 1 zu Seite 56 ist darauf hingewiesen, daß die Vorschrift ..s Entwurfes nicht ganz klar ist. Sie bezweckt den Vindikationsan..pruch des Ehegatten gegen den Dritterwerber für den Fall des Verkaufes aus der Gemeinmasse auszuschließen, und die etwa nothwendige urkundliche Legitimation des Verwalters — ähnlich wie §. 90 — zu ..en. In letzterer Beziehung sind die festen Formen des §. 90 aus ..en am oben bezeichneten Ort angedeuteten Gründen vorzuziehen; den ..spruch auf den zur Gemeinmasse geflossenen Erlös einer Sache ..es Ehegatten will weder der Entwurf, noch §. 90 der K.-O. einer Präklusion unterwerfen. Es fragt sich nur, ob der Anspruch an den ..erber ausnahmsweise auszuschließen ist. Statt dessen muß für wünschenswerth angesehen werden, daß einer Veräußerung durch den Gemeinverwalter oder einem auf seinen Antrag ins Werk gesetzten ..ffentlichen Zwangs-Verkauf überhaupt die Wirkung beigelegt werde, in allen Fällen Eigenthum zu begründen, auch wenn die Sache aus der Gemeinmasse vindizirt werden konnte. In anderer Beziehung ist bereits der Verkauf durch den Gemeinverwalter dem öffentlichen Zwangsverkauf gleichgestellt. (Vgl. §. 22 Nr. 2 des Entwurfes). Wenn das Landrecht (I. 15 §. 42) gegen den Käufer in einer öffentlichen

Versteigerung die Vindikation ausschließt, so wird gerade vom landrechtlichen Standpunkte aus eine ausdrückliche Vorschrift des Ausschlusses der Vindikation auch für den Fall des Erwerbes aus einer Gemeinschuldmasse keine Gegner finden. Und wenn es im gemeinen Rechte an einer ähnlichen klaren Vorschrift fehlt und nur die Praxis hin und wieder der gerichtlichen Auktion wenigstens bei Mobilien die fragliche Tragweite gegeben hat, so greift hier gerade für den Konkurs die verbreitete Annahme der Nothwendigkeit, auch Eigenthumsansprüche zum Konkursverfahren anzumelden und die sonst eintretende Präklusion als Unterstützung der Rechtsentwickelung ein, welche überhaupt dahin neigt, die Vindikation gegen den redlichen Erwerber beweglicher Sachen zu versagen und bei Grundstücken den Inhalt des Grundbuches entscheiden zu lassen.

Fünfter Titel.

Ansprüche auf abgesonderte Befriedigung aus einzelnen zur Gemeinmasse gehörigen Sachen.

Aus einzelnen zur Gemeinmasse gehörigen Sachen können sich nach dem Entwurfe außerhalb des Gemeinschuldverfahrens befriedigen:

1) vermöge eines dinglichen Rechtes oder eines Rechtes auf vorzugsweise Befriedigung

   a) bei Grundstücken und den bezüglich der dinglichen Belastung und Zwangsversteigerung den Grundstücken reichs- oder landesgesetzlich gleich gestellten Gegenständen diejenigen Gläubiger, denen nach den bürgerlichen Gesetzen ein dingliches Recht oder ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung an diesen Gegenständen zusteht; das Verfahren, der Umfang der Immobiliarmasse und die Rangordnung der aus derselben zu berichtigenden Ansprüche richtet sich nach den Reichs- und Landesgesetzen (§. 48);

   b) bei beweglichen Sachen, Forderungen*) und anderen Rechten die Gläubiger, welche ein Faustpfandrecht daran haben (§. 49) und als diesen gleichstehend die unter 7 Nummern im Entwurfe aufgeführten unten speziell zu bezeichnenden Gläubiger (§. 50);

*) Die Motive Bd. I S. 272 weisen auf das Einführungsgesetz als die Stelle in welcher für das Gebiet das gemeine Recht festzustellen sei, in welchen Fällen die Verpfändung einer Forderung ein Faustpfandrecht begründet.

2) vermöge einer bestehenden Gemeinschaft mit dem Gemeinschuldner aus dem im Wege der Theilung festgestellten Antheil des Gemeinschuldners an den Theilungsobjekten Miteigenthümer, Sozien oder sonstigen Gemeinschaftsmassen (§. 51);
3) vermöge der landesrechtlichen Eigenthümlichkeit solcher Vermögensstücke aus Lehen, Stammgütern und Familienfideikommissen die Lehn-, Stammguts- oder Familienkommißgläubiger (§. 52);
4) vermöge der früheren Sonderexistenz zweier verschmolzener Vermögensmassen aus den einzelnen zu einer binnen Jahresfrist vor der Eröffnung des Verfahrens vom Gemeinschuldner erworbenen Erbschaft gehörigen Gegenständen die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer, welche den Erben noch nicht als persönlichen Schuldner angenommen haben (§§. 229, 231, 232).

Der letzte dieser Fälle wird von dem Entwurfe nicht hier, sondern im Dritten Buche abgehandelt, wohin er aber nur insofern gehört, als das Separationsrecht zur Eröffnung eines Partikularkonkurses Anlaß geben kann. Daß ein Absonderungsrecht der Gläubiger des Erben den Erbschaftsgläubiger gegenüber nicht stattfindet, ist bereits oben S. 31 dargelegt als Standpunkt des Entwurfes gegenüber der Bestimmung des §. 37 K.-O. Das Sonderrecht der Gläubiger einer Handelsgesellschaft auf das Gesellschaftsvermögen (§. 35 K.-O.) äußert sich nach dem Entwurfe nur bei Insolvenz der Gesellschaft in einem Partikularkonkurse (§. 221 des Entwurfes). Falls die Gesellschaft zahlungsfähig, wird nur das Recht der Sozien gegen einander anerkannt, sich im Theilungsverfahren wegen Bezahlung der Sozietätsschulden nach der den Gemeinschuldner treffenden Rate zu sichern, und nur den Ueberschuß zur Gemeinmasse gelangen zu lassen. Den Gläubigern einer Handelsgesellschaft, die schon vor der Konkurseröffnung das gemeinsame Vermögen ohne Befriedigung der Handlungsgläubiger getheilt hat, oder aus welcher der Gemeinschuldner ausgeschieden ist, ohne von den Ansprüchen der Handlungsgläubiger befreit zu werden, gewährt schon das preußische Recht ein Sonderrecht auf Befriedigung nicht. Das Separationsrecht der Sozietätsgläubiger ging nach §. 35 K.-O. nur auf das „gemeinschaftliche Vermögen der Gesellschafter!“ Durch Nichtaufnahme dieses Separationsrechtes der Handlungsgläubiger neben dem Separationsrechte der Gesellschafter selbst ist die Stellung der Gesellschaftsgläubiger materiell insoweit verschlechtert, als bei Liquidation der Handelsgesellschaft während des Konkurses die Forderung

eines Handlungsgläubigers unberücksichtigt geblieben und der Antheil des Gemeinschuldners an dem gemeinsamen Vermögen zur Gemeinmasse gegeben ist. Hier gestattet die Konkursordnung mit Recht noch abgesonderte Befriedigung, und es scheint bei Anerkennung des handelsgesellschaftlichen Partikularkonkurses inkonsequent von dem Entwurfe, daß er das Recht der handelsgesellschaftlichen Gläubiger nicht anerkannt, sich außerhalb des Konkurses aus dem von den Sozien zur Gemeinmasse gegebenen Antheil des Gemeinschuldners am Sozietätsvermögen zu befriedigen, wenn sie im Theilungsverfahren nicht Befriedigung erhalten haben. Im Uebrigen entsprechen die im Entwurfe anerkannten Separationsrechte im Allgemeinen den Bestimmungen der Konkurs-Ordnung. Wenn diese im sechsten und siebenten Abschnitte des ersten Titels (§§. 46 ff.) für das preußische Recht bestimmte Vorschriften darüber, wer als Realgläubiger rücksichtlich der Immobilien und Schiffe anzuerkennen ist, in das Konkursrecht einschalten konnte, so mußte der Entwurf hiervon wegen der bei Gelegenheit der Gemeinschuldordnung nicht zu beseitigenden Mannigfaltigkeit des deutschen Immobiliarsachenrechtes Abstand nehmen. Ist deshalb Alles Nähere, auch die Bestimmungen über das Verfahren dem Landesrechte überlassen, so mag hierbei im Interesse derjenigen preußischen Landestheile, die wie Neuvorpommern einer Subhastationsordnung entbehren, der lebhafte Wunsch Ausdruck finden, daß im Anschlusse an die gemeinsame Regelung des Grundbuchrechtes in Preußen eine gemeinsame Subhastationsordnung erlassen werden möge, die auch das Preußische Altland von den immer noch zu starken Ueberbleibseln eines ungesunden Formalismus im Subhastationsrechte der Subhastationsordnung vom 15. März 1869 befreien könnte.*)

---

*) In Neuvorpommern endete das Subhastationsverfahren bis zum Hypothekengesetz vom 21. März 1868 von Rechtswegen mit dem Zuschlagsbescheid, erst durch die Hypothekengesetze ist demselben ein weiteres Ziel gestreckt. Es wurde dem Subhastationsrichter zur Pflicht gemacht, die ausfallenden Hypothekeu zur Löschung zu bringen. Wie derselbe aber zu der Feststellung kommen soll, welche Hypotheken ausfallen, ist gesetzlich nicht verordnet; und es ist also lediglich dem Richter überlassen, ein solches Verfahren zu erfinden. Für das Versteigerungsverfahren selbst giebt das Gesetz rücksichtlich der Fälle, in denen die Subhastation auf Antrag eines Gläubigers eingeleitet wird, vor dessen Anspruch berechtigte Forderungen im Grundbuche eingetragen sind, mit der Vorschrift, daß die Subhastation diese Forderungen unberührt lasse, der Praxis in ähnlicher Weise die Aufgabe, ein Verfahren zu erdenken, in welchem vor der Versteigerung selbst festgestellt wird, was neben dem eingetragenen Kapitale selbst an Zinsrückständen,

Rücksichtlich der Mobilien sollen nur das Faustpfandrecht und die dem Faustpfandrecht gleichgestellten Rechtsverhältnisse ein Separationsrecht begründen. Dies entspricht der Konkursordnung §. 32. Während aber diese hierbei die ganze Forderung mit Kosten, laufenden Zinsen und Zinsrückständen berücksichtigt, und zwar so, daß zunächst die Accessionen der Forderung und diese in der obigen Reihenfolge aus der Pfandlosung gedeckt werden, läßt der Entwurf, der sonst in der Reihenfolge mit dem Preußischen Konkursrechte übereinstimmt, Zinsrückstände nur für ein Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens oder vor der Rechtshängigkeit des bis dahin verfolgten Anspruches zu separatistischer Befriedigung zu. Diese Einschränkung des Separationsrechtes kann nur gebilligt werden.

Die einzelnen dem Faustpfande gleich geachteten Rechte des Entwurfes sind entsprechend der Preußischen Konkurs-Ordnung

1) das Recht der Kasse des deutschen Reiches, der Staatskassen und der Gemeinden wegen öffentlicher Abgaben und wegen der Strafe für Hinterziehung jener an den zurückgehaltenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen*) (§. 49 Nr. 1 des Entwurfes, §. 33 Nr. 1 der Konkurs-Ordnung).

2) Das Recht des Vermiethers oder Verpächters wegen der Forderungen aus dem Mieths- oder Pachtvertrage [illegible] in Ansehung der retinirbaren Früchte und Illaten. Die [illegible] des Mieths- und Pachtzinses wird hierbei [illegible] § 33 Nr. 4 K.-O.) nur insoweit es sich um [illegible] aus dem letzten Jahre vor Eröffnung des Verfahrens [illegible] Zins handelt, berücksichtigt (§. 49 Nr. 2).

Diese letztere Bestimmung [illegible] wie die Einschränkung des Separationsrechtes wegen [illegible] Zinsen eines geschuldeten Kapitals. [illegible] §. 49 des Entwurfes enthaltenen [illegible] mit Miethszinsrückstände aus [illegible] Eröffnung des Verfahrens [illegible] werden müssen, insofern sie bei Eröffnung [illegible] Zeitpunkte rückständig waren. [illegible] letzten Jahre

[illegible] – [illegible]

* [illegible]

vor Eröffnung des Verfahrens rückständige Zins" ist zweifelhafter Auslegung. Bedeutet er Miethszinsen, die im letzten Jahre vor der Konkurseröffnung fällig geworden sind? oder Miethszinsen für Gebrauch des Miethsobjektes während des letzten Jahres vor der Konkurseröffnung, soweit die Entschädigung für diesen Gebrauch nicht durch den laufenden Zins gewährt wird? oder endlich den vollen Zins des ganzen Mieths- oder Pachtjahres, welches zu Ende ging, als die Gebrauchsperiode ihren Anfang nahm, für welche der Zins als laufender bei Eröffnung des Verfahrens geschuldet wurde? Es ist wünschenswerth, daß eine bestimmtere Fassung des Entwurfes eine dieser Deutungen klar stellt.

Unter derselben Nummer ist im Entwurf dem faustpfandähnlichen Recht des Vermiethers oder Verpächters an den Früchten und Illaten ein Separationsrecht des Pächters, „in Ansehung des Inventars wegen seiner Forderungen für dieses" angereiht. Der Fall, welchen der Entwurf hierbei vor Augen hat, ist nicht der, daß der Pächter einzelne Inventarienstücke gebessert hat und diese nun wegen seiner Impensen retinirt, sondern es ist derselbe Fall, den die Konkursordnung §. 36 Abs. 2 im Anschluß an die Ansprüche von Communionsinteressenten gegen einander behandelt. Hier ist den Ansprüchen des Verpächters und des Pächters „auf Auseinandersetzung wegen des dem letzteren übergebenen Inventars" das Recht auf Sonderbefriedigung aus dem Inventar eingeräumt. Eine Auseinandersetzung wegen des Inventars muß stattfinden, wenn sich bei der Zurücklieferung ein Minus-Plus oder Super-Inventarium herausstellt. Diese Auseinandersetzung hat aber auch nach Preußischem Recht nicht den Charakter der Theilung einer gemeinsamen Sache. Das Inventar gilt dem A. Landrecht als Inbegriff, welcher trotz Vermehrung, Verringerung, Verschlechterung und Verbesserung Eigenthum des Verpächters bleibt, wenn nicht das Gegentheil bedungen ist. Der Verpächter nimmt es also aus dem Konkurse des Pächters als sein eigen heraus, — nicht kraft eines Separationsrechts. Die Ansprüche des Pächters auf Herausnahme des Plus- und Superinventars oder Entschädigung sind dagegen rein obligatorische, für deren Erfüllung der Pächter durch Besitz des Inventars gesichert ist. Es rechtfertigt sich hiernach durchaus sowohl die Beiseitelassung des Anspruchs des Verpächters im Entwurf wie die Stellung des Forderungsrechts des Pächters unter die faustpfandähnlichen Verhältnisse. Freilich nur, — und diese Begrenzung des Separationsrechts fehlt im Entwurf, — solange der Pächter noch

das Pachtinventar als solches hinter sich hat, kann ihm das Separationsrecht zugestanden werden. Ein für ihn festgestellter Anspruch wegen erfolgter Zurücklieferung eines Superinventars kann nicht als auf dem zurückgelieferten Inventar dinglich lastend angesehen werden, so daß er befugt wäre, das Inventar zu seiner Wiederbefriedigung aus der Masse herauszunehmen.

Ist das Inventar in das Eigenthum des Pächters nach besonderer Abrede übergegangen, so ist der Anspruch des Verpächters auf Rückgewähr ein aus dem Pachtvertrag sich ergebender obligatorischer Anspruch, vermöge dessen er die Illaten zurückhalten kann, und insofern findet auch hier an den Illaten ein Separationsrecht statt.

3. Gastwirthen steht das Recht zu, sich aus den von einem Gast bei ihnen eingebrachten und von ihnen zurückbehaltenen Sachen wegen ihrer Forderungen für Wohnung und Bewirthung des Gastes zu befriedigen. (§. 49 Nr. 3). — Konk.-O. §. 33 Nr. 4 beschränkt das Separationsrecht auf die Fälle, wenn die inferirten Sachen Eigenthum des Gastes waren oder er sie zu verpfänden befugt war. Kann der Wirth nach Vorschrift des bürgerlichen Rechts auch dem vindicirenden Eigenthümer gegenüber sich dadurch schützen, daß die Sachen bei ihm von einem Gast, gegen den er eine Forderung hat, inferirt sind, so muß dies Recht auch im Konkurse des Eigenthümers von Bestand bleiben und sich durch ein Separationsrecht äußern. Verkehrt ist es aber, dem Gastwirth gegenüber der Konkursmasse des wahren Eigenthümers ein Recht auf Befriedigung aus den inferirten Sachen zu geben, das er gegen den Eigenthümer selbst nicht hat. Die Gemeinschuldordnung ist nicht der Ort aus den in den Motiven angeführten Gründen zu bejahen, daß das Recht des Gastwirths auch dem wahren Eigenthümer gegenüber durchgreifen müsse. Es wird zweckmäßig sein, die Frage dem bürgerlichen Recht zu überlassen und die Bestimmung dahin zu fassen, daß das Separationsrecht begründet erklärt wird in Ansehung der von dem Gast eingebrachten und von dem Wirth mit Rechtswirksamkeit gegen den Gemeinschuldner zurückbehaltenen Sachen.

4. und 5. Das Separationsrecht retinirender Handwerker und Werkmeister sowie das aus einer versio in rem hergeleitete ebenfalls dem Retentionsrecht entsprechende Separationsrecht ist im Entwurf (§. 49 Nr. 4 u. 5) ganz in den Grenzen der Konk.-O. §. 33 Nr. 9 und 10 anerkannt.

6 und 7. Der Entwurf erkennt endlich entsprechend dem Handel- gesetzbuch das nach diesem begründete (die Fälle der Konk.-O. §. Nr. 6 — 8 umfassende) Pfandrecht oder Zurückbehaltungsrecht und Anschluß an den Entwurf der Civilprozeßordnung das im Wege Zwangsvollstreckung erlangte Pfand als faustpfandähnlich an. D letztern ist das durch Pfändung auf frischer That begründete Pfan recht gleichgestellt.

Von den Fällen, welche die Preuß. Konkursordnung in §. aufführt, sind die Nummern 2 und 3 unberücksichtigt gelassen; ei Bedürfniß für diese Vorschriften besteht nicht.

Sechster Titel.
Aufrechnung.

Der Entwurf betrachtet die **Kompensation** im Konkurse i Lichte eines Rechts des Gläubigers, sich wegen seiner Forderung auße halb des Gemeinschuldverfahrens aus dem an und für sich zur Gemein masse geschuldeten Betrage zu befriedigen. Ohne die Voraussetzunge des Aufrechnungsrechts näher aufzuzählen (§. 52), wird dasselbe eine seits erweitert, indem es zugelassen wird, auch wenn zur Zeit de Eröffnung des Verfahrens die eine der Forderungen noch nicht fälli oder noch bedingt war (§. 53), andererseits begrenzt durch Ausschlu

1, der Aufrechnung einer Forderung an den Gemeinschuldner mit dem was der Gläubiger nach Eröffnung des Verfahrens zur Masse schuldig geworden,

2, der Aufrechnung einer schon vorher entstandenen Schuld an den Gemeinschuldner mit einer erst nach Eröffnung des Verfahrens entstandenen oder von Anderen erworbenen Forderung,

3, der Aufrechnung von vor der Eröffnung des Verfahrens sich gegenüberstehenden Ansprüchen, wenn der Anspruch des Gemeingläubigers durch ein Rechtsgeschäft mit dem Gemeinschuldner oder durch Rechtsabtretung oder Befriedigung eines Gläubigers erworben ist und der Gläubiger zur Zeit des Erwerbs von der Zahlungs-Einstellung (mit der Zeitschranke, daß dieselbe nur 6 Monat vor Eröffnung des Verfahrens als solche in Betracht kommt), oder von einem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens Kenntniß hatte. (§. 54).

das Pachtinventar als solches hinter sich hat, kann ihm das Separationsrecht zugestanden werden. Ein für ihn festgestellter Anspruch wegen erfolgter Zurücklieferung eines Superinventars kann nicht als auf dem zurückgelieferten Inventar dinglich lastend angesehen werden, so daß er befugt wäre, das Inventar zu seiner Wiederbefriedigung aus der Masse herauszunehmen.

Ist das Inventar in das Eigenthum des Pächters nach besonderer Abrede übergegangen, so ist der Anspruch des Verpächters auf Rückgewähr ein aus dem Pachtvertrag sich ergebender obligatorischer Anspruch, vermöge dessen er die Illaten zurückhalten kann, und insofern findet auch hier an den Illaten ein Separationsrecht statt.

3. Gastwirthen steht das Recht zu, sich aus den von einem Gast bei ihnen eingebrachten und von ihnen zurückbehaltenen Sachen wegen ihrer Forderungen für Wohnung und Bewirthung des Gastes zu befriedigen. (§. 49 Nr. 3). — Konk.-O. §. 33 Nr. 4 beschränkt das Separationsrecht auf die Fälle, wenn die inferirten Sachen Eigenthum des Gastes waren oder er sie zu verpfänden befugt war. Kann der Wirth nach Vorschrift des bürgerlichen Rechts auch dem vindicirenden Eigenthümer gegenüber sich dadurch schützen, daß die Sachen bei ihm von einem Gast, gegen den er eine Forderung hat, inferirt sind, so muß dies Recht auch im Konkurse des Eigenthümers von Bestand bleiben und sich durch ein Separationsrecht äußern. Verkehrt ist es aber, dem Gastwirth gegenüber der Konkursmasse des wahren Eigenthümers ein Recht auf Befriedigung aus den inferirten Sachen zu geben, das er gegen den Eigenthümer selbst nicht hat. Die Gemeinschuldordnung ist nicht der Ort aus den in den Motiven angeführten Gründen zu bejahen, daß das Recht des Gastwirths auch dem wahren Eigenthümer gegenüber durchgreifen müsse. Es wird zweckmäßig sein, die Frage dem bürgerlichen Recht zu überlassen und die Bestimmung dahin zu fassen, daß das Separationsrecht begründet erklärt wird in Ansehung der von dem Gast eingebrachten und von dem Wirth mit Rechtswirksamkeit gegen den Gemeinschuldner zurückbehaltenen Sachen.

4. und 5. Das Separationsrecht retinirender Handwerker und Werkmeister sowie das aus einer versio in rem hergeleitete ebenfalls dem Retentionsrecht entsprechende Separationsrecht ist im Entwurf (§. 49 Nr. 4 u. 5) ganz in den Grenzen der Konk.-O. §. 33 Nr. 9 und 10 anerkannt.

wenn der Anspruch des Gemeingläubigers von einer Potestativbeding in dem weitern Sinn, daß darunter Willenshandlungen des Be tigten oder Verpflichteten verstanden werden, abhängig ist. Daß par conditio der Gemeingläubiger durch eine Willenshandlung de Gemeinschuldners, die dem bedingten Anspruch des einen Gläubige der zugleich Schuldner der Masse ist, zur Existenz verhilft, nicht g ändert werden kann, schon aus §. 8 und §. 10 des Entwurfs her leiten. Aber auch der umgekehrte Fall widerspricht dem von de Verfassern des Entwurfs anerkannten Prinzip, daß das Verhält der Gemeingläubiger zu einander, wie es bei Eröffnung des Ve fahrens besteht, durch spätere einseitige Willensakte nicht geänd werden darf. Man kann denjenigen, der bei der Konkurseröffnun nur zu einem noch nicht vorgenommenen Willensakt berechtigt ist, dessen Vornahme er zur Aufrechnung befugt wird, nicht nachträgl durch diesen Willensakt das Recht zur Aufrechnung erwerben lass ebensowenig wie für den zur Erwerbung eines Pfandrechts Berechtigt nachträglich das Pfandrecht entstehen kann. (§. 16 des Entwurfs.)

Bei dieser Gelegenheit muß zugleich der Ausführung der Motive[1] entgegengetreten werden, als ob nach Lage des Entwurfs unglei artige Forderungen im Konkurse kompensabel wären. Die Moti leiten dies daraus ab, daß mit Eintritt des Gemeinschuldverfahren jede Forderung an den Gemeinschuldner, auch wenn sie einen and Gegenstand hat, sich in eine Geldforderung auflöst; — hieraus lie sich aber gewiß nur herleiten, daß alle Forderungen von Gemei gläubigern, auch wenn sie auf anderes als Geld gehen, den Geldford rungen des Gemeinschuldners gegenüber kompensabel würden, nich aber auch, daß Geldforderungen der Gemeingläubiger gegen Ansprüch des Kridars auf Sachleistung 2c. aufgerechnet werden dürfen. Abe auch in jenem beschränkten Sinne ist der Satz nicht richtig. Denn di Ansprüche der Gemeingläubiger wandeln sich nur, insoweit aus de Gemeinmasse Befriedigung gesucht wird, in Geldforderungen um, nich aber in soweit außerhalb des Konkurses die Befriedigung zu verlange ist. Der Umstand, daß ein Anspruch auf Sachleistung, soweit ei Theilnahmerecht an der Gemeinmasse geltend gemacht werden soll, nu als Geldforderung in Betracht kommen kann, kann auf die lediglic nach dem Civilrecht zu entscheidende Frage der Kompensabilität kein

---

[1]) Motive Bd. I.3 S. 40.

[Ei]nwirkung ausüben, diese richtet sich nach der Sachlage im Moment [de]r Konkurseröffnung, nicht nach der Sachlage, die durch die Konkurs[er]öffnung lediglich für die Gemeinmasse herbeigeführt wird.

Auch wird da, wo landesrechtlich Liquidität Voraussetzung der Kom[pe]nsation ist, der Wegfall dieser Voraussetzung nach Eröffnung [de]s Gemeinschuldverfahrens zweckmäßig durch das Einführungsgesetz [zu]r Gemeinschuldordnung konstatirt werden.

Siebenter Titel.
Ansprüche der Massegläubiger.

Aus der Gemeinmasse und aus jeder Sondermasse sind nach dem [E]ntwurf vorweg zu berichtigen in erster Linie die Masseschulden, [di]e falls die Masse nicht hinreicht, verhältnißmäßig befriedigt werden, [(§]§. 56. 59) und zwar als solche:

1. die Ansprüche, welche aus rechtsverbindlichen Geschäften oder Handlungen des Gemeinverwalters entstehen,
2. die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Gemeinmasse verlangt wird, oder für die Zeit nach Eröffnung des Verfahrens erfolgen muß,
3. die Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse (§. 58);

[i]n zweiter Linie die Massekosten, nämlich

1. die gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren,
2. die Ausgaben für die (oder wohl sprachlich richtiger bei oder zum Zweck der) Verwaltung, Verwerthung oder Vertheilung der Masse,
3. die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte[1]) Unterstützung (§. 57)

und zwar bei unzureichender Masse zuerst die baaren Auslagen, zuletzt die Unterstützung, im Uebrigen in tributum. (§. 59.)

Neu ist in diesen Vorschriften die Feststellung einer Rangordnung, im Uebrigen sind die Vorschriften der §§. 40—45 der Konk.-O., soweit sie nicht schon anderweit berücksichtigt sind, redaktionell zusammengefaßt, ohne daß eine Neuerung beabsichtigt wäre. Der Fall der Masseschulden unter Nr. 8 entspricht dem Standpunkt der Gemeinschuldordnung, nach welchem gewisse Geschäfte mit Rechtsnothwendigkeit vom Gemeinver-

[1]) Nicht auch die gesetzlich zustehende (Entwurf 52), um welche gekürzt gewisse Einnahmen zur Gemeinmasse fließen.

walter weiter erfüllt werden müssen, nämlich die Mieths- und Dienstverträge: der Wortlaut des §. 58 Nr. 2 ist aber insofern ungenügend, den beabsichtigten Sinn auszudrücken, als man danach annehmen muß, ein Miethsvertrag oder ein Dienstvertrag, den der Gemeinverwalter noch für einige Zeit aushalten muß, macht den Vermiether nicht nur wegen der seit der Konkurseröffnung laufenden Miethszinsen und Dienstgelder, sondern rücksichtlich aller daraus hervorgehenden Ansprüche also auch aller Rückstände zum Massegläubiger. Zu dieser Deutung könnte der S. 48 Anm. 1 bekämpfte Wortlaut des §. 22 des Entwurfs noch weitern Anlaß geben. Es würde also, auch wenn nicht das Prinzip nothwendiger Fortsetzung solcher Verträge durch den Gemeinverwalter, wie oben gefordert ist, aufgegeben wird, eine Redaktionsänderung nöthig sein. Bei Aufgabe dieses Prinzips ergiebt sich die Redaktionsänderung von selbst. Auch §. 58 Nr. 3 schließt vielleicht nicht deutlich genug diejenigen rechtlosen Bereicherungen der Masse, welche schon rechtlose Bereicherungen des Gemeinschuldners waren, und als solche in die Masse gekommen sind, aus. Wird die Fortdauer der Verträge aus denen von beiden Seiten noch etwas zu leisten ist, ganz allgemein von dem Willen des Gemeinverwalters abhängig gemacht, so wird §. 58 ganz kurz dahin zusammengefaßt werden können:

> Als Masseschulden sind alle Ansprüche zu erachten, welche im Kreise der dem Gemeinverwalter übertragenen Thätigkeit durch die Willenserklärungen, Handlungen und Unterlassungen desselben begründet oder in Folge seines Wahlrechts als zu erfüllende Ansprüche aufrecht erhalten werden.

Auch eine rechtlose Bereicherung der Masse fällt hierunter. Sie kann zu einer Bereicherung der Masse nur durch des Gemeinverwalters Thätigkeit oder durch sein duldendes Verhalten geworden sein.

Achter Titel.

Forderungen der Gemeingläubiger.

Unter Beseitigung des größten Theils der noch in der Konkursordnung aufrecht erhaltenen Konkursprivilegien, namentlich des auf persönlicher Bevorzugung beruhenden Vorrechts des Fiskus für Steuern, Defekte, Ansprüche aus Lieferungsverträgen und Gerichtskosten, des Vorrechts der öffentlich rechtlichen Verbände, der Kirchen, Pfarren, Schulen, der Bedienten derselben und gemeinnütziger Institute für alle

[Ei]nwirkung ausüben, diese richtet sich nach der Sachlage im Moment [de]r Konkurseröffnung, nicht nach der Sachlage, die durch die Konkurs[er]öffnung lediglich für die Gemeinmasse herbeigeführt wird.

Auch wird da, wo landesrechtlich Liquidität Voraussetzung der Kom[pe]nsation ist, der Wegfall dieser Voraussetzung nach Eröffnung [de]s Gemeinschuldverfahrens zweckmäßig durch das Einführungsgesetz [zu]r Gemeinschuldordnung konstatirt werden.

Siebenter Titel.

Ansprüche der Massegläubiger.

Aus der Gemeinmasse und aus jeder Sondermasse sind nach dem [E]ntwurf vorweg zu berichtigen in erster Linie die Masseschulden, [di]e falls die Masse nicht hinreicht, verhältnißmäßig befriedigt werden, [(§]§. 56. 59) und zwar als solche:

1. die Ansprüche, welche aus rechtsverbindlichen Geschäften oder Handlungen des Gemeinverwalters entstehen,
2. die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen, deren Erfüllung zur Gemeinmasse verlangt wird, oder für die Zeit nach Eröffnung des Verfahrens erfolgen muß,
3. die Ansprüche aus einer rechtlosen Bereicherung der Masse (§. 58);

[i]n zweiter Linie die Massekosten, nämlich

1. die gerichtlichen Kosten für das gemeinschaftliche Verfahren,
2. die Ausgaben für die (oder wohl sprachlich richtiger bei oder zum Zweck der) Verwaltung, Verwerthung oder Vertheilung der Masse,
3. die dem Gemeinschuldner und dessen Familie bewilligte[1]) Unterstützung (§. 57)

und zwar bei unzureichender Masse zuerst die baaren Auslagen, zuletzt die Unterstützung, im Uebrigen in tributum. (§. 59.)

Neu ist in diesen Vorschriften die Feststellung einer Rangordnung, im Uebrigen sind die Vorschriften der §§. 40—45 der Konk.-O., soweit [si]e nicht schon anderweit berücksichtigt sind, redaktionell zusammengefaßt, ohne daß eine Neuerung beabsichtigt wäre. Der Fall der Masseschulden unter Nr. 8 entspricht dem Standpunkt der Gemeinschuldordnung, nach welchem gewisse Geschäfte mit Rechtsnothwendigkeit vom Gemeinver-

[1]) Nicht auch die gesetzlich zustehende (Entwurf 52), um welche gekürzt gewisse Einnahmen zur Gemeinmasse fließen.

Zu einer Aenderung des Entwurfs wird um so mehr Veranlassung sein, wenn das Prinzip des gesetzlichen Fortbestehens dieser Verträge gegenüber dem Verwalter ohne Wahlrecht des letztern aufgegeben wird. Vgl. oben Seite 22. Dann wird die Zahlung des Lohnes für die nach Gesetz und Vertrag laufende Dienstperiode in erster Stufe auch in dem Sinn zugelassen sein, daß nicht nur der Lohn bis zur Konkurseröffnung, sondern auch der für die ferneren Theile der laufenden Periode zu fordernde Lohn hier beansprucht werden kann.

II. Forderungen der Kinder und Pflegebefohlenen des Gemeinschuldners aus einer Veruntreuung ihres gesetzlich seiner Verwaltung oder seinem Nießbrauch unterworfenen Vermögens, bei beendeter Vermögensverwaltung jedoch nur, wenn die Forderung binnen Jahresfrist nachher durch Klage geltend gemacht und bis zur Eröffnung des Verfahrens verfolgt ist. (§. 62.)

Es entspricht dieser Bestimmung das Vorrecht VIII. der Konk.-Ordnung (§§. 80 ff.), welches insofern weiter ist, als es nach beendeter Verwaltung bei Erhebung des Anspruchs in zweijähriger Frist zulässig ist. Man wird die Aufrechterhaltung dieses Vorrechts nicht bekämpfen können.

Das Theilnahmerecht der Gläubiger innerhalb der berechtigten Stufen und in der dritten Stufe unterliegt nach dem Entwurf den folgenden näheren Bestimmungen:

Von der Geltendmachung im Gemeinschuldverfahren sind ausgeschlossen Strafgelder und Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden und von Todes wegen; ebenso von den Accessionen einer Forderung die bei Eröffnung des Verfahrens über ein Jahr alten Zinsen, soweit dieselben nicht binnen Jahresfrist und bis zur Eröffnung verfolgt sind, ferner die seit Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen und die Kosten, welche den einzelnen Gläubigern aus der Theilnahme am Verfahren erwachsen. An Stelle des Kapitals werden dagegen von den Accessionen angesetzt bedungene und Verzugs-Zinsen innerhalb obiger Grenze, die vor dem Verfahren erwachsenen Beitreibungskosten und die Vertragsstrafen (§§. 63. 64.) Wegen des Betrages, wegen dessen man abgesonderte Befriedigung verlangt, kann man nicht gleichzeitig an der Gemeinmasse theilnehmen, dies ist nur mit dem Betrage zulässig, für den man auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, sonst nur mit dem Ausfall bei der Sondermasse. (§. 66.) Später fällige Forderungen — wenn unverzinslich nach

Abzug des Interusuriums — sowie Forderungen unter auflösender Bedingung sind im Verfahren ohne Weiteres geltend zu machen. (§§. 67. 68); Forderungen unter aufschiebender Bedingung sind, soweit dem Gemeinschuldner gegenüber ein Recht auf Sicherstellung bestand, auch im Gemeinschuldverfahren als Rechte auf Sicherstellung zum Zweck der Aufrechnung oder bei Vertheilung der Masse geltend zu machen; im Uebrigen ist solche Sicherstellung nicht als erzwingbares Recht sondern nach freiem Ermessen des Gerichts je nach der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Bedingung zu gewähren. (§. 69.) Bei gleichzeitigem Konkurs sämmtlicher Solidarschuldner eines Anspruchs nimmt der Gläubiger bis zur vollen Befriedigung wegen seiner ganzen Forderung an jedem Verfahren ohne Berücksichtigung der in den anderen Konkursen geleisteten Abzahlungen Theil. (§. 70.) Forderungen, die nicht auf einen bestimmten Geldbetrag in Reichsmünze gehen, sind nach ihrem Schätzungswerth, wiederkehrende Hebungen von bestimmter Dauer nach ihrem die Zwischenzinsen berücksichtigenden Kapitalwerth geltend zu machen. (§§. 71. 72.)

Von der Preußischen Konkursordnung weicht in diesen Bestimmungen ab der Ausschluß der Zinsrückstände über ein Jahr (K.-O. §. 83 Nr. 2); es ist ferner die kasuistische Unterscheidung in §. 84 Nr. 4 der Konkursordnung, nach welcher ein auf den Todesfall Bedachter, der für eine solche Zuwendung eine Gegenleistung gemacht hat, den Betrag dieser Leistung condiziren kann, zu Gunsten prinzipieller Scheidung der Zuwendungen aus Liberalität und wirklich entgeldlicher Verträge aufgegeben; die Berechtigung der Theilnahme Absonderung suchender Gläubiger an der Gemeinmasse ist eingeschränkt, während sie nach Konk.-O. §. 39 eine unbedingte ist, gegen deren nachtheilige Folgen die Gemeingläubiger durch ein jus subintrandi (§§. 247. 248) gesichert werden; die Vorschriften über Theilnahme noch nicht fälliger und bedingter Forderungen, welche die Konkursordnung unter die Vorschriften über die Vertheilung der Masse verweist, sind als auch in anderen Beziehungen erheblich hierher gezogen, neu sind die Bestimmungen über suspensiv bedingte Forderungen, die nach der Konk.-O. §. 250 bei der Vertheilung durch Zurückbehaltung der Percipienda als Spezialmasse berücksichtigt werden, eine Vorschrift, von der nur die Regreßforderungen von Bürgen und Mitschuldnern des Kridars ausgeschlossen sind, die als durch Zahlung bedingte Ansprüche nicht geltend gemacht werden können. (§§. 86 — 87 K.-O.)

Die Vorschrift, daß Zahlungen auf Solidarschulden aus der Konkursmasse eines Solidarschuldners im Konkurse anderer Solidarschuldner nicht zu berücksichtigen sind, ist in der Konkursordnung auf alle Fälle ausgedehnt, in denen gleichzeitig mehrere Solidarschuldner in Konkurs sind (§. 87. K.-O.), während der Entwurf diese Vorschrift auf den Fall beschränkt, wenn Konkurs über das Vermögen sämmtlicher Solidarschuldner eröffnet ist, also keiner vorhanden ist, gegen den der Anspruch ohne Rücksicht auf die Konkurrenz anderer Gläubiger geltend gemacht werden kann. Das Recht auf den Bezug fortlaufender Hebungen wird nach der Konkursordnung (§§. 85. 62.) behufs der Sicherstellung nach dem Satz zu vier vom Hundert kapitalisirt, der auf dieses Kapital bei der Distribution fallende Betrag wird verzinslich angelegt und aus den Zinsen und dem Kapital werden zu den Verfallzeiten dem eingelegten Kapital entsprechende Hebungsbeträge entnommen. (K.-O. §. 251.) Dies ist im Entwurf beseitigt: derselbe läßt, wenn die Forderung auf eine bestimmte Anzahl von Hebüngen geht, die summirten Leistungen unter Berücksichtigung des Interusuriums, bei unbestimmter Zahl der Hebungen die Forderung nach ihrem Schätzungswerth als sofort zahlbar zu.

Der Standpunkt des Entwurfs giebt in den nachstehenden Beziehungen zu Bedenken Anlaß.

Es scheint eine Härte für den absonderungsberechtigten Gläubiger, wenn derselbe bis zur Feststellung des Betrages, mit welchen er aus der Sondermasse zur Hebung kommt, genöthigt wird, sich der Theilnahme an der Gemeinmasse ganz zu enthalten, oder auf das Theilnahmerecht an der Sondermasse zu dem als Gemeinforderung geltend gemachten Betrag zu verzichten. Auch wenn man davon ausgeht, daß regelmäßig ein Excussionsrecht dahin besteht[1]), daß der Pfandgläubiger, bevor er sich an andern Vermögensstücken halten kann, an das Pfand zu verweisen ist, so ist doch der Anspruch an die Gemeinmasse immerhin als ein eventueller, bedingter daneben von Bestand. Und es scheint kein Grund vorzuliegen, den Anspruch ungünstiger zu behandeln

[1]) Dies ist zwar außerhalb des Konkurses vielfach nicht der Fall, aber für den Konkurs läßt es sich allerdings nur für angemessen erachten, daß der Anspruch an die Gemeinmasse als ein eventueller angesehen wird. Materiell geschieht dies in der Preußischen Konkursordnung, insofern der Gemeinmasse, falls aus derselben auf eine solche Forderung Zahlung geleistet wird, ein jus subintrandi rücksichtlich der Sondermasse gegeben wird.

als andere bedingte Forderungen. Wenn also für diese der Grundsatz des Entwurfs in dessen §. 69 aufrecht erhalten wird, so würde es sich rechtfertigen, den Anspruch zur Gemeinmasse nach dem Ermessen des Gerichts als Anspruch auf Sicherstellung neben der Verfolgung des Pfandrechts zuzulassen, die Röthigung des §. 66 wäre also nur insoweit gerechtfertigt, als das Ermessen des Gerichts die Zulassung der fernern Sicherstellung ablehnt. Allein die Behandlung der bedingten Ansprüche selbst, insofern dieselben nicht ein Recht auf Sicherstellung auch außerhalb des Konkurses begründen, das als solches auch im Konkurse geltend gemacht werden kann, ist in hohem Maße bedenklich. Es ist immer möglichst zu vermeiden, dem Gericht eine arbiträre Gewalt einzuräumen, welche ein materielles Recht, hier das Recht zur Theilnahme an der Gemeinmasse, vernichten oder begründen kann. Das Recht des bedingt berechtigten Gläubigers ist in denjenigen Fällen, in welchem dem Gläubiger ein Kautionsrecht nicht zusteht, so geartet, daß Vermögensänderungen des Schuldners vor dem Eintritt der Bedingung die künftige Geltendmachung des Rechts naturgemäß beeinflussen. Hat ein wohlhabender Schuldner pendente conditione sein Vermögen verloren, so ist die natürliche Folge für den Gläubiger der bedingten Forderung die, daß er bei Eintritt der Bedingung, wenn also die rechtliche Existenz der Forderung festgestellt ist, lediglich einen insolventen Schuldner hat. Aus dieser naturgemäßen Abhängigkeit des Gläubigers von der Chance einer Vermögensänderung des Schuldners pendente conditione scheint nun aber ganz konsequenter Weise, sofern nicht das bedingte Recht besonders gesichert ist, hergeleitet werden zu müssen, wie auch nach den Mittheilungen der Motive in der amerikanischen Gesetzgebung (S. 19) geschehen ist, daß solche bedingte Ansprüche nur dann zu berücksichtigen sind, wenn bis zur Schlußvertheilung die Bedingung eintritt.

Nach einer andern Richtung widerspricht die Vorschrift des §. 69 des Entwurfs dem im §. 53 anerkannten Prinzip, daß bedingte Forderungen Aufrechnung begründen. Dies Prinzip wird hier dahin eingeschränkt, daß die Sicherstellung behufs der Aufrechnung als ein Recht nur verlangt werden kann, wenn die bedingte Forderung ein Recht auf Kaution erzeugt, sonst nur nach dem Ermessen des Gerichts. Wenn aber in den sonstigen Fällen abgesonderter Befriedigung das bedingte Recht in jeder Weise aufrecht erhalten wird, und das Recht der Aufrechnung nach der Idee des Entwurfs unter den Gesichts-

punkt eines Rechts auf abgesonderte Befriedigung fällt, so ist nicht abzusehen, warum dem bedingt aufrechnungsberechtigten Schuldner der Masse dies Recht in irgend welchen Fällen soll entzogen werden können. An Stelle des §. 69 des Entwurfs wird es hiernach zweckmäßig sein auszusprechen, daß Forderungen unter einer aufschiebenden Bedingung, welche nicht bis zur Schlußvertheilung eintrifft, als Gemeinforderungen nur insoweit geltend gemacht werden können, als sie ein Recht auf Sicherstellung gegen den Gemeinschuldner begründen, und den Bestimmungen über Aufrechnung bedingter Ansprüche ist eine Vorschrift anzuschließen, daß wenn das Aufrechnungsrecht eines Schuldners der Masse von einer aufschiebenden Bedingung abhängig ist, derselbe nur zur Sicherstellung des Anspruchs der Masse verurtheilt werden kann.

Die Berücksichtigung der Solidarforderungen mit ihrem ganzen zur Zeit der Konkurseröffnung bestehenden Betrage ist nach der Richtung, zu welcher Quote der Anspruch an der Vertheilung der Masse Theil nehmen soll, eine wohlbegründete. Anders steht es mit der Berücksichtigung der Ansprüche in anderen Beziehungen. Es ist ungerechtfertigt, daß eine Forderung von 1000 Thlr., auf welche in zwei anderen Konkursen bereits 900 Thlr. abgezahlt sind, bei der Abstimmung über einen zu fassenden Beschluß als noch 1000 Thlr. betragend angesehen werden soll.

Endlich bedarf die im §. 72 angeordnete Berechnung des Kapitals einer auf eine bestimmte Reihe von Jahren fortlaufenden Hebung einer Modifikation. Diese Berechnung kann nämlich auf einen höhern Betrag führen, als den Schätzungsbetrag der sich bei Zahlung der Summe auf ewige Zeiten ergeben würde. Eine Jahresleistung von 5 Thlr. jährlich auf ewige Zeiten wird zum Zinssatz von 5% auf 100 Thlr. kapitalisirt; ist die Jahresleistung auf 33 oder mehr Jahre beschränkt, und müßte dann nach §. 72 kapitalisirt werden, so würde sich ein mit jedem Jahr steigender Kapitalsbetrag über 100 Thlr. ergeben. Das kann nicht vom Gesetz angeordnet werden.

Zweites Buch.

Gemeinschuldverfahren.

Während bei der Besprechung des Gemeinschuldrechts die Vorschriften der Preußischen Konkursordnung bei jeder einzelnen Bestimmung des Entwurfs zum Vergleich herangezogen werden mußten, kann und

muß die Besprechung des Verfahrens nach dem Entwurf sich auf eine allgemeinere Grundlage stellen. So sehr nämlich der Entwurf gerade in der Feststellung des Verfahrens auf der Grundlage des Verfahrens der Preußischen Konkursordnung beruht, so sind doch erhebliche Grundzüge der Verschiedenheit vorhanden, und wo das Verfahren prozeßualisch zu ordnen war, mußte sich diese Ordnung an das neue Verfahren des Entwurfs der Prozeßordnung anschließen.

Danach lassen sich den einzelnen Vorschriften des Entwurfs nicht in derselben Weise wie beim materiellen Konkursrecht parallele Bestimmungen der Konkursordnung gegenüberstellen. — Die Grundzüge der Verschiedenheit bestehen einerseits in einer geänderten Stellung des Gerichts zur Verwaltung und Versilberung der Masse, der prinzipmäßig das Gericht ferngehalten ist, andererseits in Verschiedenheiten des Verfahrens selbst. Der Entwurf beseitigt nämlich den in der Konkursordnung festgehaltenen Unterschied des kaufmännischen und gemeinen Konkurses und er giebt in dem eingeleiteten Verfahren die besondern Stadien der einstweiligen und definitiven Verwaltung auf. Hierdurch wird eine erhebliche Vereinfachung des Konkursrechts herbeigeführt. Die sehr geringen Unterschiede des kaufmännischen nnd gemeinen Konkurses, welche in der Einleitung der Motive des Entwurfs[1]) übersichtlich zusammengestellt sind und die der Entwurf, soweit sie dem materiellen Recht angehören (Besonderheiten der Stellung der Ehefrau des nicht kaufmännischen Gemeinschuldners) aus anderen Gründen beseitigt hat, können in der That die Nothwendigkeit eines besondern Verfahrens für den einen und andern Fall nicht begründen und stellen sich als ausgleichbar heraus. Die Bestellung eines einstweiligen Verwalters und die Besonderheiten des Stadiums der einstweiligen Verwaltung ferner sind bei der richtigen Ansicht von der Stellung des Verwalters als des gerichtlich bestellten Vertreters des Gemeinschuldners in Bezug auf das dem Konkurse unterliegende Vermögen desselben durchaus unnöthig und willkürlich.

Der Entwurf beschränkt sich hiernach — abgesehen von den dem fünfzehnten Abschnitt des zweiten Titels der Konkursordnung entsprechenden in das dritte Buch verwiesenen besonderen Bestimmungen über gewisse Konkurse (Partikularkonkurse) — auf eine Scheidung des Verfahrens in den regelmäßigen Fällen (Buch II. Tit. 1–8) und

[1]) Motive Bd. I. S. 6.

des abgekürzten Verfahrens, welches eintritt, wenn die Gemeinmasse von geringem Belang oder der Kreis der Gläubiger klein ist (Buch II. Tit. 9) entsprechend der K. O. Tit. II. Abschn. 16).

Die Vorschriften über das die Regel bildende Verfahren ordnen nach einleitenden Bemerkungen (Titel 1) zunächst im zweiten Titel das Eröffnungsverfahren; es wird sodann in den drei folgenden Titeln von Feststellung der Theilungsmasse, Feststellung der Schuldenmasse und dem Vertheilungsverfahren gehandelt; im sechsten Titel geht der Entwurf auf den Zwangsvergleich über, und im siebenten und achten Titel bespricht derselbe die Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens und die Wiedereinsetzung des Gemeinschuldners. Die Vereinfachung der Regeln tritt äußerlich am klarsten hervor, wenn man erwägt, daß der 23 Paragraphen enthaltende dritte Theil den Abschnitten 3—5, 8 und 9 des zweiten Titels der Konkursordnung mit 53 Paragraphen entspricht, der vierte Titel begreift das, was in der Konkursordnung im sechsten und zehnten, zum Theil auch, was im zwölften und vierzehnten Abschnitt abgehandelt wird, der fünfte Titel entspricht dem elften, der sechste dem siebenten, der siebente dem vierzehnten und der achte dem achtzehnten Abschnitt des zweiten Titels der Konkursordnung.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

Sachlich zuständig für das Gemeinschuldverfahren erklärt der Entwurf die Amtsgerichte, d. h. die zur einzelrichterlichen Geschäftsführung bestimmten Gerichte der künftigen Gerichtsverfassung; die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem allgemeinen Gerichtsstand des Gemeinschuldners, bei Zuständigkeit mehrerer Gerichte schließt das zuerst mit dem Antrag auf Eröffnung des Verfahrens angegangene, die übrigen aus (§. 73).

Die Preußische Konkursordnung neigte bereits durch das Institut des Konkurskommissars dazu, die Zuständigkeit der Kollegien im Konkurse zu beschränken. Die Entscheidung über streitige Gemeinforderungen und Activansprüche, welche für die Gemeinmasse geltend gemacht werden, gehört nach dem Preußischen Konkursrecht, wie nach dem des Entwurfs nicht zur konkursrichterlichen Thätigkeit. Von den richterlichen Entscheidungen, die in dieses Gebiet fallen, sind die über Eröffnung des Verfahrens, über Aufhebung desselben, über den Zwangs-

zugleich und über Wiedereinsetzung des Gemeinschuldners ergehenden die erheblichsten. Dieselben unter Zulassnng der Berufung an das Kollegialgericht und bei geringerer Erheblichkeit, oder wo die Entscheidung mehr arbiträrer Natur ist, überhaupt dem Einzelrichter zuzuweisen, kann allein für sachgemäß erachtet werden. Da es einen besondern kaufmännischen Konkurs nicht geben soll, so fehlt jede Veranlassung für das Gemeinschuldverfahren über einen Kaufmann an Stelle der Amtsgerichte die Handelsgerichte zu berufen. Handelsgerichte werden nach dem Entwurf des Gerichtsverfassungsgesetzes nicht für jeden Ort sondern nur nach Bedürfniß eingerichtet werden[1]), und die dem Konkursrichter zugewiesene Thätigkeit erfordert nicht sowohl Kenntniß des kaufmännischen Verkehrs als Kenntniß des Rechts.

Das Gemeinschuldverfahren des Entwurfs entbindet das Gericht von der direkten Einwirkung auf die Verwaltung der Masse. Das eigentliche Verwaltungsorgan ist der vom Gericht bestellte Gemeinverwalter mit etwaigem Stellvertreter, neben demselben der Gläubigerausschuß, an letzter Stelle die Gläubigerversammlung. Soweit dabei aber eine gerichtliche Geschäftsthätigkeit einzutreten hat, ist gewiß der Einzelrichter der geeignete Träger der Gerichtsgewalt; und ebenso fällt die Leitung des Anmeldungs- und Prüfungsverfahrens, sowie die Beurkundung der Beschlüsse der Gläubiger naturgemäß in das Gebiet einzelrichterlicher Thätigkeit.

Auch insofern das Verfahren eine Verwaltung der Masse herbeiführt und Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in sich begreift, steht das Gericht, unter dessen Autorität das Verfahren durchzuführen ist, als eine mit voller Gerichtsgewalt ausgerüstete Behörde da. Der Entwurf hebt hervor, daß dem Gericht das Recht zusteht, auf Antrag über alle das Gemeinschuldverfahren betreffenden Verhältnisse Zeugen zu vernehmen (§. 75). Es möchte sich rechtfertigen, diese Vorschrift noch allgemeiner zu fassen, und in den Kreis der Befugnisse des Konkursgerichts überhaupt die Anordnung der Aufnahme von Beweisen zu stellen. Es wird sich schon aus dem Wortlaut des §. 75 herleiten lassen, daß das Gericht auch andere Gerichte um Abhörung auswärtiger Zeugen zu ersuchen berechtigt ist. Läßt man aber ohne Prozeß einen Zwang gegen Zeugen zu, sich vernehmen zu lassen, warum nicht auch einen Zwang zur Vorlegung von Urkunden? warum soll namentlich

[1]) Entwurf des Gerichtsverfassungsgesetzes. §. 82.

nicht das Recht begründet sein, andere Behörden um Vor-legung der bei ihnen vorhandenen Urkunden, insbesondere andere Gerichte um Mittheilung von Akten zu ersuchen? Die dem §. 1[illegible] der Konk.-Ordnung entsprechende Bestimmung würde, wenn sie fehlte, bei richtiger Würdigung der aus der Gerichtsgewalt entspringenden Befugnisse in diesem Sinn ergänzt werden; wie ja gemeinrechtliche Konkurs- und Vormundschaftsgerichte solche Befugnisse jederzeit übten.

Regelmäßig wird in jedem Gemeinschuldverfahren nur ein Gemeinverwalter und erforderlichen Falls ein Stellvertreter desselben vom Gericht ernannt, verpflichtet und mit Bestallung versehen, bei umfangreichen oder besonderer Fachkunde erfordernden Verwaltungen können mehrere Gemeinverwalter selbständig mit einzelnen Geschäftszweigen betraut werden; den Gläubigern steht zu, in nächster Gläubigerversammlung an Stelle des Ernannten eine andere Person zu wählen, welche, wenn der Gemeinschuldner nicht widerspricht, zum Verwalter oder Stellvertreter zu ernennen ist. Die Ernannten haben, sofern sie nicht vermöge ihres Amts öffentlichen Glauben haben, und sofern nicht die Gläubiger ohne Widerspruch des Gemeinschuldners darauf verzichten, nach näherer Bestimmung des Gerichts Sicherheit zu leisten. Die Vergütung, welche ihnen neben Ersatz der baaren Auslagen zusteht, wird durch Einigung mit dem Gläubigerausschuß, eventuell endgültig durch das Gericht festgestellt. Bei ihrer Amtsführung haften sie für die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters (omnis culpa), bei Beendigung ihres Amts haben sie Schlußrechnung zu legen; dieselbe wird vom Gläubigerausschuß begutachtet und kann von dem Gemeinschuldner, jedem Gemeingläubiger und dem nachfolgenden Verwalter angefochten werden, was aber in einer zur Vorlegung der Rechnung anberaumten Gläubigerversammlung geschehen muß. Das Gericht kann — ohne daß ein Rechtsmittel zulässig wäre, — gegen den Verwalter und seinen Stellvertreter Ordnungsstrafen (bis 200 Mark) und auf Antrag der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses ihre Entlassung festsetzen (§§. 76—84).

Ueber die Auffassung des Gemeinverwalters als Vertreters (Kurators) des Gemeinschuldners (im Gegensatz zu §. 131 K. O.) ist bereits bei Besprechung des Gemeinschuldrechts gehandelt. An Stelle der Aufsicht des Gerichts, unter welche die Konkursordnung den Verwalter stellt, ist nur das Recht des Gerichts, ihn zu ernennen, zu verpflichten, ihm Ordnungsstrafen aufzulegen und ihn zu entlassen, aufrecht er-

[ha]lten. Das Gericht soll nicht obere Instanz der Verwaltung sein, [e]s liegt ihm nur ob, Vernachlässigung der Amtspflichten zu rügen. [D]ie Möglichkeit einer Einwirkung der Gläubiger auf die Wahl des [V]erwaltungspersonals ist trotz der grundsätzlich sofort für das ganze [V]erfahren wirksamen Bestellung des Verwalters durch das Gericht in [a]usreichender Weise gegeben. Der Bildung und Einrichtung des Verwaltungspersonals nach der besondern Individualität des Falls ist [g]rößere Freiheit gegeben, als in §. 136 K. O.[1]) Wie in dieser ist [d]ie Auswahl des Verwalters eine freie. Die gesetzliche Regel der [S]icherheitsleistung ist sachgemäß, aber auch die Ausnahmen sind im [G]anzen zutreffend bestimmt. Der Wortlaut des §. 76 schließt Rechtsanwalte oder Advokaten, welche ohne Notare zu sein, zu Gemeinverwaltern ernannt werden, von der Kautionsbefreiung aus. Die Ausdehnung auf alle Advokaten und Anwalte wäre in der That bei der [g]roßen Verschiedenheit der Voraussetzungen, von welcher in Deutschland [d]ie Zulassung zur Advokatur abhängt, bedenklich. Andererseits ist da, wo die Verbindung von Notariat und Rechtsanwaltschaft die Regel bildet, und wo auch Anwalte als solche beamtenartig angestellt werden, die Beschränkung eine Härte. Es macht sich hier wie in vielen anderen Beziehungen eine reichsgesetzliche Regelung des Anwaltwesens als dringendes Bedürfniß bemerkbar. Vielleicht kann bis dahin das Einführungsgesetz die Landesgesetzgebung autorisiren, Anwalte, auch wenn sie nicht öffentlichen Glauben haben, ebenfalls von der Kautionsleistung zu entbinden. Die Honorirung des Verwalters ist nach der Konkursordnung immer vom Gericht und in der Grenze eines beigegebenen Tarifs festzustellen. Auch in dieser Beziehung sind die Vorschriften des Entwurfs vorzuziehen.

Als zweites Organ für die Erledigung der durch das Gemeinschuldverfahren bedingten Geschäfte verlangt der Entwurf (abgesehen von den Fällen des abgekürzten Verfahrens) einen aus mindestens drei Gemeingläubigern oder ihren Vertretern bestehenden Gläubiger-

---

[1]) Nur insofern der Entwurf dem Verwalter gewisse besondere Befugnisse oder Pflichten giebt, z. B. in §. 87 das Recht, durch seine Stimme bei Stimmengleichheit im Gläubigerausschuß den Ausschlag zu geben, im §. 174 die Pflicht, sich über den vorgeschlagenen Zwangsvergleich gutachtlich zu äußern, wird es vielleicht nothwendig sein, zu bestimmen, daß bei Berufung einer Mehrheit von Verwaltern die Geschäftsvertheilung sich darauf erstrecken muß, daß einem der Verwalter diese besondern Rechte für jeden Fall zugesprochen werden.

ausschuß. Derselbe soll den Verwalter bei seiner Geschäftsführung unterstützen und von dieser Einsicht nehmen. Seine Beschlüsse werden mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßt, bei Stimmengleichheit giebt der Verwalter den Ausschlag. An den Beschlüssen muß die Mehrheit der Mitglieder Theil genommen haben. Die Beschlüsse müssen gerichtlich oder notariell beurkundet werden.[1]) Die Mitglieder des Gläubigerausschusses werden gewählt, wie sich aus späterer Bestimmung ergiebt, aber auch selbstverständlich ist: in einer Gläubigerversammlung. Sie haften für Versäumung der diligentia in concreto. Durch Beschluß der Gläubigerversammlung können sie entlassen werden. Angemessene baare Auslagen werden ihnen ersetzt. (§§. 85—89).

Dies hier in Aussicht genommene Organ muß, wenn man das Gericht aus der ungesunden und, wie die Motive richtig sagen, Niemand befriedigenden Stellung einer für die Verwaltung verantwortlichen Behörde befreien will, als richtig gebildet anerkannt werden. Auch lassen die Erfahrungen einzelner Staaten die Gefahr, daß das obligatorisch zu bildende Organ sich in diesem oder jenem Konkurse nicht wird bilden lassen, weil es entweder schon an Theilnehmern der Gläubigerversammlung fehlt, oder weil Niemand die Wahl zu der Mühe und Zeit kostenden, an Verantwortung reichen Stellung, die sonst des Lockenden nichts bietet als die Wahrung des eigenen Interesses, nicht annehmen will, vielleicht geringer erscheinen. Ganz wegläugnen läßt sich doch aber diese Gefahr nicht, und was dann? — Es scheint eine ergänzende Vorschrift erforderlich: daß, wenn es nicht zu einer Wahl kommt, der Verwalter die ihm obliegenden Geschäfte ohne Mitwirkung eines Gläubigerausschusses wie beim abgekürzten Verfahren durchzuführen hat, daß in solchem Fall abgesehen von der auch im abgekürzten Verfahren an die Stelle der Zustimmung des Gläubigerausschusses tretenden Nothwendigkeit der Zustimmung einer Gläubigerversammlung alle Bestimmungen über die Nothwendigkeit gutachtlicher oder zustimmender Erklärungen des Ausschusses wegfallen, wenn nicht das Gericht, wozu es je nach Lage des einzelnen Falls berechtigt aber nicht verpflichtet sein muß, dem Verwalter einen (dem

---

[1]) Der Wortlaut des §. 87 Al. 2, welcher eine gerichtliche Beurkundung der Beschlüsse „auch ohne mündliche Verhandlung" zuläßt, ist unverständlich. Es handelt sich eben um eine Beurkundung nicht um eine Entscheidung des Gerichts. Die Beurkundung kann nur das, was verhandelt ist, betreffen. Was gemeint ist, läßt sich auch aus den Motiven nicht ersehen.

ferner entstehen würden, wenn derselbe Gläubiger gegen zwei andere mit bestreitender Erklärung hervorgetreten wäre und er nun gegen den einen für legitimirt erachtet würde, gegen den andern nicht; so möchte der §. 142 des Entwurfs dahin auszulegen sein, daß hier die Legitimation zum Bestreiten für jeden begründet wird, der einen Anspruch als Gläubiger angemeldet hat, ohne die weitere Bedingung, daß er auch wirklich Gläubiger sei. Und dies ist jedenfalls zweckmäßig. Das mögliche Resultat eines solchen Bestreitens ist die Abweisung des Anspruchs zu Gunsten aller Gläubiger. Soll man jeden anwesenden Gläubiger nöthigen, sich der bestreitenden Erklärungen, welche abgegeben sind, ausdrücklich anzuschließen, wenn er die ohnehin bestrittene Forderung nicht für richtig hält? Er kann sich dabei beruhigen, daß sie streitig ist. Und es möchte sich sogar rechtfertigen und empfehlen, statt jenes Satzes der Motive in den Text des Gesetzes die Bestimmung aufzunehmen, daß, wenn eine Forderung einmal streitig ist, auch solche Gläubiger, welche im Prüfungstermin ausdrücklich bestreitende Erklärungen nicht abgegeben haben, berechtigt sind, in dem anhängig gemachten besondern Verfahren, als Nebenintervenienten sich an dem Rechtsstreit zu betheiligen.

Die Verhandlung über Feststellung streitiger Forderungen verweist der Entwurf zu besonderem Verfahren vor das sachlich zuständige Prozeßgericht, in dessen Bezirk das Gemeinschuldverfahren schwebt, sofern nicht ein anderer ausschließlicher Gerichtsstand vorgeschrieben oder der Rechtsweg unzulässig ist, wenn aber bereits vor Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens ein Prozeß über die Forderung anhängig war, in Fortsetzung dieses Verfahrens. Die Feststellung zu betreiben liegt den Gläubigern der streitigen Forderungen ob. Summarische Prozeßformen sind ausgeschlossen. Entscheidend sind auch im besondern Verfahren die materiellen Bestimmungen der Gemeinschuldordnung, es handelt sich ferner nur um Feststellung der Forderung nach Betrag und Schuldgrund, wie sie angemeldet ist. Das Urtheil wirkt gegen alle Gemeingläubiger. Der obsiegende Theil muß die Berichtigung der Tabelle bewirken. Der Streitgegenstand der Prozesse wird vom Prozeßgericht unter Berücksichtigung des Verhältnisses der Theilungs- zur Schuldenmasse nach freiem Ermessen festgesetzt. Wenn einzelne Gläubiger den Prozeß zum Vortheil der Masse geführt haben, können sie bis zum Belauf dieses Vortheils Ersatz ihrer Prozeßkosten aus der Masse fordern (§§. 145—147).

Auch diese Bestimmungen über die besonderen Prozesse werden einer näheren Durcharbeitung bedürfen. Wenn der Entwurf die Fälle, in denen der Rechtsweg unzulässig ist, von der Verhandlung und Entscheidung vor dem ordentlichen Prozeßgericht einfach ausnimmt, so bleiben solche streitige Ansprüche für immer streitig, sind also im Konkurse überhaupt nicht festzustellen. Das kann nicht die Absicht des Entwurfs sein, — und wer anders als die Gerichte soll dann entscheiden, wenn darüber Streit ist, ob der Rechtsweg ausgeschlossen sei. Kompetenzkonflikte und besondere Behörden für Erledigung derselben giebt es nicht überall im Reiche. Die Ausschließung des Rechtswegs kann für einen erhobenen Anspruch eine negative oder eine positive Bedeutung haben, dem Anspruch kann die rechtliche Geltendmachung versagt sein, z. B. dem Anspruch gegen einen Exekutivbeamten wegen Beschädigung durch eine Diensthandlung, oder der Anspruch wird mit Ausschluß des Rechtswegs durch eine Administrativbehörde festgestellt wie eine Steuerforderung. In beiden Fällen wird doch das Gericht über die im Konkurs streitige Forderung, dahin, ob sie im Konkurs festzustellen sei, entscheiden müssen, im erstern Fall wird die Feststellung wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abzulehnen sein, im letztern hat der Richter die Administrativentscheidung einfach als maßgebend zu Grunde zu legen: der vorhandene Streit fordert aber richterliche Erledigung.

Die Kompetenzbestimmung ist noch nach einer andern Richtung bedenklich. Die sehr dankenswerthe Bestimmung über Feststellung des Streitgegenstandes mit Rücksicht auf das Verhältniß der Theilungs- zur Schuldenmasse setzt ein mit der Sache befaßtes „Prozeßgericht" voraus, die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts oder Amtsgerichts wird aber anderer Seits durch die Höhe des Prozeßgegenstandes beeinflußt.[1]) Hier ist zu helfen durch Zuweisung der Feststellung des Objects an das Konkursgericht, das im Prüfungstermin bei Feststellung des Anspruchs als streitig, nach Anhörung der streitenden Theile sofern sie anwesend sind, die Objectshöhe zu arbitriren und so für die Frage der sachlichen Zuständigkeit die Grundlage zu gewähren hat. Ein anderes Gericht als das Konkursgericht hat auch nicht Kenntniß von den Thatsachen, welche auf die Arbitrirung des Objects von Einfluß sein sollen.

[1]) Entwurf des Gesetzes über die Verfassung der Gerichte: §. 27, Nr. 1 §. 33 No. 1.

Der Entwurf überläßt es den Parteien im besondern Verfahren dem Prozeßrichter darzulegen, ob der vor ihm geltend gemachte Anspruch dem Inhalt der Anmeldung entspricht. Mit Recht wird davon Abstand genommen, daß dem Gläubiger der streitigen Forderung von Amts wegen, wie nach §. 229 der Preuß. Konk.-Ordnung, eine beglaubte Abschrift der Anmeldung, des Prüfungsprotokolls und eines Auszugs der Tabelle zu ertheilen ist. Dadurch erwächst vielfach unnützes Schreibewerk. Aber zu mißbilligen ist, wenn die Motive[1]) hierbei ausführen, es lasse sich auch durch übereinstimmende Parteierklärungen konstatiren, ob die Schranken bei Formulirung der Klaganträge gewahrt seien, und wenn dann Anmeldung und Urtheil sich nicht deckten, werde die Anerkennung im Konkurse, also die Bewirkung der Berichtigung der Tabelle zu versagen sein. Handelte es sich hierbei stets um eine Summendifferenz, so ließe sich das vielleicht hören, so intrikate Fragen aber wie die, ob das Urtheil auf demselben Schuldgrund beruht, den die Anmeldung bezeichnet, wird man nicht anders als durch das Urtheil selbst zur Feststellung bringen können. Deshalb ist es nothwendig im §. 145 einzuschalten, daß die Anmeldung und die Prüfungsverhandlung dem Prozeßrichter von dem betreibenden Gläubiger stets in beglaubter Abschrift vorzulegen sind.

Wenn endlich der §. 145 im letzten Absatz dem obliegenden Theil zur Pflicht macht, die Berichtigung der Tabelle zu bewirken, so ergänzt sich die Vorschrift zwar aus §. 143 Abs. 1 dahin, daß das Gericht, nicht etwa blos der Gerichtsschreiber die Eintragung vorzunehmen hat. Es wird aber doch zweckmäßig sein hinzuzufügen, daß die Eintragung auf Grund einer Ausfertigung des Urtheils mit dem Zeugniß der Rechtskraft vom Gericht ohne mündliche Verhandlung zu bewirken ist, also nicht schon bei vorläufiger Vollstreckbarkeit des Urtheils. Die Tabelle soll das enthalten, was als Judikat unter den Gemeingläubigern wirksam ist. (§. 143). Bei der Vertheilung sollen freilich auch vorläufig vollstreckbare Forderungen berücksichtigt werden. (§. 152). Inwiefern dies angemessen, ist zum folgenden Titel zu erörtern.

Fünfter Titel.

Vertheilungsverfahren.

Der Entwurf unterscheidet:

1) Vorwegzahlung, die, abgesehen von Masseschulden, auch bei festgestellten bevorrechtigten Forderungen vom Verwalter vorgenommen werden kann (§. 150) ohne daß ein Recht, dazu besteht;

[1]) Motive Bd. II. S. 100.

zahlung nur gegen Aushändigung der über die Schuld bestehenden Urkunde bei Theilzahlungen unter Vermerkung der Zahlung auf der Urku zu ertheilende, von der Hinterlegungsstelle angenommene Anweisu auf diese erhalten. Bei Nichtabnahme derselben bis zum Ablauf ein Jahres nach Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens oder der spät eingetretenen Zulässigkeit der Aushändigung, werden die Beträge unt Vernichtung der Anweisung dem Gemeinschuldner ausgezahlt. (§. 16 §. 163, §. 165.

Für Gläubiger noch nicht festgestellter oder bedingter Forderung werden die Antheile bis zur Feststellung oder dem Eintritt der B dingung zurück behalten, und erst dann angewiesen. Die Zinsen d so zurückbehaltenen oder sonst nicht erhobenen Antheile von Abschlag vertheilungen fließen bis zum Theilungstag[2]) zur Gemeinmasse. E unter auflösender Bedingung berechtigter, dem Gemeinschuldner z Sicherstellung verpflichteter Gläubiger erhält die Anweisung nur geg Bestellung der Sicherheit, über deren Art und Umfang das Konkur gericht im Streitfall endgültig und ohne die Nothwendigkeit mündlich Verhandlung entscheidet. (§§. 162, 165). Zurückbehaltene Beträg welche nach der Schlußvertheilung frei werden, Beträge, welche zurü gezahlt werden, weil sie nur unter auflösender Bedingung oder au Grund eines nicht rechtskräftigen (nachher geänderten) Urtheiles gezah waren und nachträglich ermittelte Vermögensstücke, bilden den Gegen stand der Nachtragsvertheilungen, für welche das Verzeichniß der Gläubige der Schlußvertheilung maßgebend ist. (§. 160.)

Die Aushändigung der Anweisungen erfolgt an Rechtsanwalte, welche einen Gemeingläubiger im Gemeinschuldverfahren vertreten, ohne besondere Vollmacht, andere Vertreter müßen in glaubhafter Form be- vollmächtigt sein. (§. 164).

Die Vorzüge des so geordneten Vertheilungsverfahrens vor dem immer noch äußerst komplizirten Verfahren der Konkursordnung springen

---

[1]) Wenn aber die Urkunde nicht beigelegt werden kann, weil sie verlegt oder verloren ist, ohne daß ihre Existenz feststeht, wird ein Mortificationsschein oder soweit eine Amortisationserklärung statthaft ist, diese die Stelle der Urkunde vertreten müssen, was vielleicht im Gesetz anzudeuten ist.

[2]) Der Theilungstag wird solchen Falls vom Gläubigerausschuß nicht auf einen zukünftigen Tag angesetzt werden können, da sich sonst die Theilungsmasse, wegen der Ungewißheit, ob solche Antheile nicht vor dem Theilungstag erhoben werden, nicht mit voller Sicherheit berechnen läßt.

nach den Vorschriften des Entwurfes von der Eröffnung des Verfahrens abhängig ist, im Falle der Abweisung des Antrages wegen unzureichender Masse den vorhandenen Gläubigern, und zwar zum Vortheile des Anfechtenden, so zugestanden werden muß, als ob das Verfahren eröffnet wäre.

Während nach der Konkursordnung der Konkurs durch einen Beschluß des Gerichtes, dem eine Verhandlung nicht vorhergeht, auf Antrag oder von Amtswegen eröffnet wird, und demnächst ein Verfahren nur zum Zwecke der Aufhebung oder Modifikation des gefaßten Beschlusses stattfindet, ordnet der Entwurf ein in jedem Falle nothwendiges auf das Verhandlungsprinzip gegründetes Eröffnungsverfahren an. Grundlage desselben ist ein Antrag des Gemeinschuldners oder Vertreters des überschuldeten Nachlasses, welcher ein Verzeichniß der Gläubiger und Schuldner und eine Uebersicht der Vermögensmasse enthalten muß, und mit dem die Geschäftsbücher zu übergeben sind, — oder ein Antrag eines Gemeingläubigers, der seine Forderung und die materielle Voraussetzung der Eröffnung des Verfahrens glaubhaft machen muß. Die Einleitung eines Eröffnungsverfahrens von Amtswegen hat nicht statt, der Antrag wird richterlich geprüft. Entspricht derselbe den gesetzlichen Erfordernissen, so ernennt das Gericht den Gemeinverwalter und ordnet mündliche Verhandlung über den Antrag an, zu welcher der Gemeinschuldner oder Nachlaßvertreter, der Verwalter und der beantragende Gläubiger ohne Beachtung der Zustellungsfristen der Prozeßordnung geladen werden, in welcher aber außer diesen jeder Gemeingläubiger verhandeln kann, welcher seine Forderung glaubhaft macht. Von der Ladung des Gemeinschuldners kann abgesehen oder dieselbe durch öffentliche Bekanntmachung des Termines ersetzt werden, wenn eine öffentliche Zustellung oder Zustellung im Auslande nöthig wäre. In dem Termine, dessen Vertagung nur mit Zustimmung des Antragstellers zulässig ist, kann der Verwalter verhandeln, auch wenn die Parteien nicht erschienen sind. Ein Versäumnißurtheil kann nur gegen den beantragenden Gemeingläubiger ergehen, und zwar nur dann, wenn der Antrag weder vom Verwalter, noch von einem anderen Gläubiger aufgenommen wird.

Auf Antrag des Verwalters, dessen Pflicht es ist, sich mit der Lage der Sache bekannt zu machen und Verdunkelungen oder Verkürzungen der Masse zu verhüten, können alle Sicherheitsmaßregeln, die nach Eröffnung des Verfahrens statt haben, schon nach Einleitung des

Antrages auf Eröffnung ergriffen werden, insbesondere Veräußerungsverbote, deren öffentlicher Bekanntmachung die Wirkung beigelegt ist, später durch Zwangsvollstreckung entstehenden Pfandrechten gegenüber den Gemeingläubigern die Kraft zu entziehen.

Das Erkenntniß geht auf Abweisung des Antragstellers und Aufhebung der getroffenen Sicherheitsmaßregeln unter Auflegung der Kosten einschließlich der vom Gericht festzusetzenden Gebühren und Auslagen des Verwalters, oder auf Eröffnung des Verfahrens unter Feststellung der Stunde der Eröffnung und Vollstreckbarkeitserklärung des Urtheils. Bei nicht erfolgter Feststellung der Eröffnungsstunde gilt die Mittagsstunde als Zeit der Eröffnung.

Gegen das Urtheil steht Berufung zu, bei Abweisung jedem Gläubiger, welcher Eröffnung beantragt hat, bei Eröffnung nur dem Gemeinschuldner, als dessen Gegner Antragsteller und Gemeinverwalter als Streitgenossen erscheinen. Die Berufungsfrist läuft von Verkündung des abweisenden und von der öffentlichen Bekanntmachung des eröffnenden Urtheils. In der Berufungsinstanz gilt von den Ladungen und dem Recht zu verhandeln sowie den Folgen des Nichtverhandelns was für das amtsrichterliche Verfahren vorgeschrieben ist. (§§. 99. 102 bis 111.)

Man wird der ganzen Idee dieses Eröffnungsverfahrens und den einzelnen Bestimmungen im Wesentlichen rückhaltlos zustimmen können. Wenn als berechtigt zum Antrag gegen den Gemeinschuldner lediglich Gemeingläubiger bezeichnet sind, so möchte statt dessen in den §§. 99 und 107 der Ausdruck „persönlicher Gläubiger" vorzuziehen sein. Gemeingläubiger kann Jemand erst nach eröffnetem Verfahren durch Anmeldung seines Anspruchs werden. Und wenn der Ausdruck deshalb dahin zu deuten ist, daß die Anträge nur von denjenigen ausgehen können, welche im Verfahren als Gemeingläubiger aufzutreten berechtigt sind, so möchte dies bei Aufrechthaltung der Vorschrift des §. 66 des Entwurfs dahin führen, daß man die Legitimation eines persönlichen Gläubigers, der absonderungsberechtigt ist, anfechten könnte, wenn er nicht schon vor Eröffnung des Verfahrens ganz oder zu einem bestimmten Theil seiner Forderung auf abgesonderte Befriedigung verzichtet. Das ist aber jedenfalls unangemessen.

Die Vorschrift, daß ein Versäumnißurtheil nur gegen den beantragenden Gemeingläubiger ergehen soll, ist nach den Motiven[1]) in

[1]) Vgl. Motive Bd. II. S. 52.

dem Sinne gegeben, daß das Urtheil trotz des Ausbleibens des Gemeinverwalters ergehen kann und gegen den ausbleibenden Gemeinschuldner die Kraft eines (die Anfechtung mittels Einspruchs ausschließenden) kontradiktorischen Urtheils haben soll. Man kann aber aus dem Wortlaut der Vorschrift herauslesen, daß gegen den ausbleibenden Gemeinschuldner überhaupt die Verhandlung nicht stattfindet. Das Urtheil, das gegen ihn ergeht, ist und bleibt ein Versäumnißurtheil, es kommt darauf an, die Anfechtung desselben durch Einspruch ausdrücklich auszuschließen. Statt des dritten Absatzes von §. 107 wird es deshalb zweckmäßig sein zu sagen: „die Verhandlung findet statt, auch wenn der Verwalter im Termin ausbleibt. Ein gegen den Gemeinschuldner ergehendes Versäumnißurtheil ist der Anfechtung mittels Einspruchs nicht unterworfen, kann aber durch Berufung angefochten werden."

Was endlich die schon im Laufe des Eröffnungsverfahrens zulässigen Sicherheitsmaßregeln anlangt, so muß als Konsequenz eines Veräußerungsverbots gegen den Gemeinschuldner schlechthin und ohne öffentliche Bekanntmachung desselben die Unwirksamkeit eines später durch Zwangsvollstreckung erlangten Pfandrechts gegen die Gemeingläubiger angesehen werden. Das Verbot der Veräußerung begründet, sobald es dem Gemeinschuldner behändigt ist, ein die Veräußerung hinderndes Recht zum Besten der Gemeingläubiger, das durch den Verwalter geltend zu machen ist. Es findet deshalb §. 627 des Entwurfs der Civilprozeßordnung Anwendung. Einer öffentlichen Bekanntmachung wird es nur bedürfen, wenn die Behändigung des Verbots im Inland nicht möglich ist.

Der Entwurf ordnet am Schluß des zweiten Titels die gerichtlichen Maßregeln, durch welche das sofort vollstreckbare Erkenntniß auf Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens in Kraft gesetzt wird. Der Gerichtsschreiber hat die Urtheilsformel öffentlich bekannt zu machen. Mit dieser Bekanntmachung ist zu verbinden die Bekanntmachung des Namens des Verwalters, des sofort vom Gericht zu erlassenden offnen Arrests, des ebenso sofort vom Gericht verordneten (nicht über vier Wochen auszusetzenden) Termins zur Wahl des Gläubigerausschusses und zur Erklärung über die Person des Verwalters, der Anmeldefrist und des allgemeinen Prüfungstermins. Die Bekanntmachung an die dem Wohnort nach bekannten Gläubiger und Schuldner des Gemeinschuldners erfolgt durch besondere Zustellungen. Das Urtheil ist in beglaubter Abschrift dem Staatsanwalt, und betreffenden Falls der

gleich allen nicht bevorrechtigten Gemeingläubigern gleiche Rechte währen, sofern die zurückgesetzten Gläubiger nicht ausdrücklich einwilli Nebenvergleiche mit einzelnen Gläubigern sind nichtig (§. 175). W die Erfüllung des Vergleichs durch Pfand oder Hypothek gesi werden soll, so soll dies nur so statthaft sein, daß die Sicherh bestellung durch eine bestimmte Summe begrenzt wird, und wenn gleich im Vergleich eine Person bezeichnet wird, welche kraft Ges — auch für die nicht beim Vergleichschluß mit abstimmenden Gläub — berechtigt ist, die bestellte Sicherheit zu verwerthen oder freizuge die Eintragung der Hypothek zu beantragen und ihre Löschung zu willigen, — letzteres aber und Freigebung des auf die Hypo fallenden Erlöses nur nach einem öffentlichen Aufgebot durch Amtsgericht der belegenen Sache. (§. 176.)

Der Vergleichsvorschlag, welcher angeben muß, zu wel Prozentsätzen, in welchen Theilen und Fristen die Befriedigung Gläubiger bewirkt und wie dieselbe sicher gestellt werden soll, dem Gläubigerausschuß eingereicht. Dieser prüft ihn unter ziehung des Verwalters und nach seinem Ermessen unter persönlicher A rung des Gemeinschuldners. Er kann mit Zustimmung des erstern, we noch nicht die Hälfte der Gemeinforderungen festgestellt oder vorläu zugelassen ist, oder wenn bereits ein Vergleichsvorschlag in demsel Verfahren von den Gläubigern abgelehnt, vom Gericht verworfen o vom Gemeinschuldner nach öffentlicher Bekanntmachung des Verglei termins zurückgezogen ist, den Vorschlag zurückweisen. Sonst hat e sich über Annehmbarkeit oder Unannehmbarkeit des Vorschlags auszu sprechen. Erachtet er den Vorschlag für unannehmbar, so fällt dami das Recht des Gemeinschuldners beim Gericht auf vorläufige Unter sagung der Veräußerung von Massegegenständen anzutragen. (§§. 167 169--171.)

Auf Antrag des Verwalters, der den Vorschlag mit der Erklärung des Gläubigerausschusses auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht de Betheiligten niederlegt, wird nun vom Gericht mit Frist von längstens vier Wochen der Vergleichstermin angesetzt. Die Ladungen der Gläu biger zu demselben erfolgen unter Mittheilung des Vergleichsvorschlags und der Erklärung des Ausschusses. Geladen werden auch (alles von Amtswegen) Gemeinschuldner und Verwalter. Erscheint der Gemein schuldner nicht, der nur im Fall wenn das Gericht die Vertretung wegen Krankheit oder anderer unabwendbarer Hindernisse zuläßt, sich

und eine Bilanz aufzustellen, von denen ein Exemplar von den Mitgliedern des Gläubigerausschusses geprüft und unterschrieben [1]) auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten ausgelegt wird. (§. 123.) Auf Antrag des Verwalters oder eines Gemeingläubigers kann demnächst noch der Gemeinschuldner, dessen Ehegatte und die beiderseitigen Ascendenten, Descendenten und Geschwister sowie deren Ehegatten zur Leistung von Offenbarungseiden angehalten werden. Als Zwangsmittel dienen Haft und eventuell Verlust der Ansprüche an die Gemeinmasse. (§. 127.)

Zur Ermöglichung der Feststellung der Masse, soweit dieselbe nicht durch den Besitz des Gemeinschuldners klar gestellt wird, dient

1. das mit dem Namen „offener Arrest" bezeichnete Generalinhibitorium, durch welches allen denjenigen, welche einen zur Gemeinmasse gehörigen Vermögensgegenstand in Besitz oder Gewahrsam haben oder zu derselben etwas schuldig sind, aufgegeben wird, nichts an den Gemeinschuldner zu verabfolgen, die Gegenstände der Masse vielmehr unter Vorbehalt der von ihnen beanspruchten Rechte an den Verwalter abzuliefern, jedenfalls aber in bestimmter Frist von dem Besitz der Gegenstände dem Verwalter Anzeige zu machen, widrigenfalls sie für allen Schaden haften und alle Rechte verlieren, welche ihnen an diesen Gegenständen zustehen, wenn sie keine genügende Entschuldigung nachweisen. (§§. 116. 118.) Die Anzeigepflicht der Faustpfandgläubiger und der ihnen gleichgestellten Gläubiger bezieht sich zugleich, — ohne daß aber für die Unterlassung ein Nachtheil gedroht wäre, — auf Angabe der Forderungen, wegen deren sie abgesonderte Befriedigung suchen. Nur Anstalten, welche sich selbst aus einem Pfand zu befriedigen befugt sind [2]), sind von der Anzeigepflicht ausgenommen: sie haben

[1]) Sollte es nicht genügen, wenn die Schriftstücke mit der Erklärung des Verwalters, daß er sie den Mitgliedern des Gläubigerausschusses zur Prüfung vorgelegt habe, versehen werden? Jedem Mitglied des Gläubigerausschusses eine Prüfung zur Pflicht zu machen, heißt die Pflicht gewissenhafter Ausschußmitglieder ohne Noth vermehren, bei weniger gewissenhaften wird eine bloße Form daraus. Und wie, wenn unberechenbarer Eigensinn die Unterschrift weigert? Es genügt gewiß, wenn festgestellt ist, daß den Mitgliedern Gelegenheit geboten war, Kenntniß zu nehmen. Vgl. auch unten zu §. 141.

[2]) Diese Ausnahme soll sich wohl nur auf Anstalten beziehen, soweit sie nach besonderm Privileg (z. B. nach ihrer Verfassung) befugt sind, sich selbst aus dem Pfand zu befriedigen, — würde aber nach dem Wortlaut auch Anstalten treffen, die aus denselben Gründen, aus denen unprivilegirte Personen dazu berechtigt sein können, das Recht haben, sich im besondern Fall selbst aus dem Pfand zu befriedigen. Der Wortlaut möchte hiernach im Sinne der Motive Bd. II. S. 67 enger zu begrenzen sein.

sofern er nicht Partei ist, und der Gläubigerausschuß gutachtlich zu hören. (§§. 178—182.)

Unter Vermeidung aller allgemeineren theoretischen Erörterungen lassen sich an die einzelnen Bestimmungen des Entwurfs folgende Bemerkungen knüpfen:

1. Die Beschränkung der befreienden Wirkung des bestätigten Zwangsvergleichs auf die Person des Gemeinschuldners hat in §. 18 Absatz 2 eine dem §. 198 Abs. 2 der Pr. K. O. entsprechenden Ausdruck gefunden. In voller Anerkennung der Richtigkeit des Satzes ist hierbei der Konkursordnung und dem Entwurf eine zu enge Fassung vorzuwerfen. Nicht allein gegen Mitschuldner und Bürgen sondern ebenso gegen den, welcher für die Schuld des Gemeinschuldners seine Sache verpfändet hat, ohne die persönliche Bürgschaftsobligation zu übernehmen, und gegen den Dritteigenthümer einer verpfändeten Sache, welcher die Sache belastet mit dem Pfandrecht ohne Uebernahme der persönlichen Schuld erworben hat, muß die Restschuld trotz der persönlichen Befreiung des Gemeinschuldners ferner geltend gemacht werden können. Es folgt dies nicht etwa aus dem Recht der dinglichen Gläubiger auf Sonderbefriedigung aus dem Pfand, — denn dies Recht hat nur Bedeutung für die Sachen, welche dem Gemeinschuldner gehören. In Anwendung des bestehenden Rechts der Konkursordnung wird man dem Gläubiger durch analoge Ausdehnung des §. 198 helfen können, das neue Gesetz muß den Gedanken voll zum Ausdruck bringen, und wird dies am besten in negativer Fassung dahin geschehen können: „Nur für seine Person wird der Gemeinschuldner von der rechtlichen Verbindlichkeit für den vergleichsweise nachgelassenen Theil der Forderung des Gemeingläubigers befreit.“

2. Unpräzise ist auch die dem §. 189 Abs. 1 der Konk.-Ordn. entsprechende Fassung des Hindernisses für einen Zwangsvergleichsschluß in §. 168 Nr. 2: „wenn wegen betrüglichen Bankerutts gegen den Gemeinschuldner das Hauptverfahren eröffnet und er nicht rechtskräftig freigesprochen ist.“ Ein wegen betrüglichen Bankerutts zur Untersuchung gezogener Gemeinschuldner wird nicht freigesprochen, wenn in der zur Anklage gestellten Handlung auch nur der Thatbestand fahrlässigen Bankerutts oder eines andern Vergehens gefunden wird. Die Absicht des Entwurfs geht für diesen Fall nicht dahin, den Zwangsvergleich auszuschließen. Es muß also heißen: „wenn er wegen betrüglichen Bankerutts zu Strafe verurtheilt oder deshalb das Hauptverfahren gegen ihn eröffnet und noch nicht beendigt ist.“

3. Die Bestimmung über die Nothwendigkeit, daß im Falle einer Sicherheitsbestellung für Erfüllung des Akkords durch Pfand oder Hypothek eine Person benannt werden muß, die zur Verfügung über diese Sicherheit Kraft des Gesetzes legitimirt ist, scheint eines weiteren Ausbaues zu bedürfen, als §. 176 des Entwurfs gewährt. Zunächst ist in dieser Bestimmung nicht ganz klar, ob die Beschränkung, nach welcher die Bewilligung der Löschung einer Hypothek oder der Freigabe ihres Erlöses ein Aufgebot vorangehen muß, eine Beschränkung der Legitimation kraft Gesetzes sein soll, oder nur eine Instruktion für den Vertreter der Interessenten, deren Ueberschreitung ihn gegen diese verhaftet macht. Auf wessen Kosten soll ferner das Aufgebot stattfinden, von wem sollen dem zur Stellung des Antrages Verpflichteten die Kosten vorgeschossen oder ersetzt werden? Welche Verbindlichkeit übernimmt der gesetzlich legitimirte Vertreter der Gläubiger gegen die ihm bekannten und unbekannten Gläubiger? Haftet er ihnen aus seinen Akten und nach welchen Rechtsgrundsätzen? Wenn er z. B. ein Faustpfand, für dessen Herausgabe oder Freigabe ein Aufgebot der Gläubiger nicht vorgeschrieben ist, freigiebt? Soll hier alles lediglich von den im Vergleich enthaltenen ausdrücklichen Abreden abhängen, und sollen die Rechte aus diesen Abreden auch den nicht vertretenen Gläubigern zustehen? Welche Folgen hat es ferner, wenn sich auf das Aufgebot Gläubiger melden, die der Freigabe widersprechen? Hört dann die Legitimation des Vertreters auf, und wie soll im Bejahungsfalle die Hypothekenbehörde oder der Subhastationsrichter die Legitimation von Amtes wegen in solchem Fall prüfen? Oder soll auch nach dem Aufgebot nur persönliche Verantwortlichkeit des gesetzlich legitimirt bleibenden Vertreters bestehen? Wenn aber letzteres, warum denn die Kompetenz des Amtsgerichtes der gelegenen Sache? Was soll endlich geschehen, wenn der Vertreter stirbt oder unfähig wird? Im Geiste des Entwurfes und der modernen Gesetzgebung über gesetzliche nach Außen wirkende Vollmachten (Prokuren) und über das Amt des Grundbuchrichters möchte es liegen, diese Fragen durch folgende Bestimmungen zu lösen, die an Stelle des §. 176 Abs. 2 treten müßten: „Der bestellte Vertreter haftet den nicht bevorrechtigten Gläubigern, deren Forderungen im Gemeinschuldverfahren festgestellt oder vorläufig zugelassen sind, und jedem anderen Gläubiger, der ihm eine Forderung, welche als nicht bevorrechtigte Gemeinforderung im Verfahren geltend gemacht werden konnte, als vollstreckbar dargethan

2) Abschlagsvertheilungen, welche auf Antrag des Ver walters vom Gläubigerausschuß nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungs termins und sofern nicht ein Zwangsvergleichsverfahren schwebt, zu beschließen sind, sobald und so oft hinreichende Masse vorhanden is (§§. 149, 151, 154);

3) die Schlußvertheilung, welche nach Beendigung der Ver werthung der Masse in derselben Weise unter Genehmigung des Gerichtes die ohne mündliche Verhandlung ertheilt werden kann, beschlossen wir (§. 156);

4) nachträgliche Vertheilungen, welche von dem Verwalte ohne weiteres Verfahren vorgenommen werden, wenn sich nach der Schluß vertheilung noch eine zu vertheilende Masse ergiebt (§. 160.) Für di Vertheilungen zu 2 und 3 sind folgende Bestimmungen gemeinsam: Der Vertheilungsbeschluß wird unter ungefährer Angabe des zu theilenden Massebestandes und der Summe der zu berücksichtigenden Forderungen öffentlich bekannt gemacht. Diese Bekanntmachung gilt als präklusivische Ladung einmal an alle Gläubiger streitiger Forderungen, binnen zwei Wochen nach der Veröffentlichung dem Verwalter nachzuweisen, daß die Forderungen durch ein vollstreckbares Urtheil festgestellt oder von dem Gericht vorläufig zugelassen und bei dem Prozeßgericht durch Klage oder Fortsetzung der Kage verfolgt sind. Die betreffenden Gläubiger sollen vom Verwalter besonders benachrichtigt werden. Nur die Gemeinforderungen, für welche dieser Nachweis geführt ist, werden bei der Vertheilung neben den unstreitigen Forderungen berücksichtigt. Die Ausschließung ist nur bei Erschöpfung der Mass durch die Vertheilung eine Ausschließung von der Masse überhaup bei Abschlagsvertheilungen kann nachträglich, sobald der Nachwe nachgeholt ist, Zuweisung der bis dahin festgesetzten Prozentsätze a der Restmasse, so weit diese reicht, und so lange nicht eine neue Au schlußfrist abgelaufen ist[1]) beansprucht werden. (§§. 151, 152, 155

[1]) Der Ablauf einer neuen Abschlußfrist schließt den der doppelten Versäumn schuldigen Gläubiger nicht endgültig von der Masse aus, sondern nur von der Bee trächtigung der für die zur neuen Abschlagsvertheilung Berechtigten festzusetzenden Proze sätze: es möchte deshalb in §. 455 statt der Worte „so lange nicht die Ausschlußfr für eine neue Vertheilung abgelaufen ist“, zu sagen sein „soweit die Restmasse nicht Folge des Ablaufes einer neuen Ausschlußfrist zur Zahlung der danach festzusetzend Prozentsätze an die nicht ausgeschlossenen Gläubiger zu verwenden ist.“

Die Bekanntmachung gilt mit derselben Präklusivfrist als Ladung an alle diejenigen, welche Ansprüche auf Herausgabe von Sachen aus der Masse, auf abgesonderte Befriedigung oder auf Zahlung einer Masseschuld haben; sie sollen diese Ansprüche bei dem Verwalter geltend machen, widrigenfalls sie nicht ferner auf denjenigen Massebestand geltend gemacht werden können, der zur Auszahlung festgesetzter Prozentsätze erforderlich ist, oder den Gegenstand der Schlußvertheilung bilden. Der § 153 sagt „der Gegenstand der Schluß- oder Nachtragsvertheilung"; letztere Worte stehen mit § 160 nicht in Einklang, da für die Nachtragsvertheilung eine öffentliche Bekanntmachung überhaupt nicht stattfindet.[1])

Für Abschlagsvertheilungen setzt nach Ablauf der Ausschlußfrist der Gläubigerausschuß nach Anhörung des Verwalters den zu zahlenden Prozentsatz fest, den der Verwalter öffentlich bekannt macht, und von dem er die berücksichtigten Gläubiger benachrichtigt. (§. 154.) Vor der Schlußvertheilung findet nach Ablauf der Ausschlußfrist ein öffentlich bekannt zu machender Schlußtermin statt, der jedem angemeldeten Gemeingläubiger besonders bekannt gemacht wird. Bei dem Antrage auf Ansetzung desselben legt der Verwalter ein Verzeichniß aller zu berücksichtigender Forderungen zur Einsicht der Betheiligten auf der Gerichtsschreiberei nieder. Der Schlußtermin findet statt zur Verhandlung über das Verzeichniß, zur Abnahme der Schlußrechnung und zur Beschlußfassung über nicht verwerthbare Vermögensstücke. Ueber die dabei gegen das Verzeichniß und gegen die Ausführung der früheren Vertheilungen erhobenen Einwendungen entscheidet das Gericht endgültig. Das berichtigte auf der Gerichtsschreiberei niedergelegte Verzeichniß und ein Beschluß des Gläubigerausschusses über den Theilungstag, der wie die Theilungssumme öffentlich bekannt gemacht wird, bilden die Grundlagen der Schlußvertheilung (§§. 157—159).

Alle Vertheilungen werden durch den Verwalter ausgeführt, und zwar in der Weise, daß die Gemeingläubiger, deren Forderungen festgestellt, bei ihm eine, als Zahlung geltende und von ihm bei Voll-

[1]) Oder soll die Bekanntmachung der Schlußvertheilung die Wirkung des Ausschlusses auch von der später sich ergebenden Masse der Nachtragsvertheilung haben? Das hieße statuiren, daß ein Eigenthumsanspruch auf ein nach der Schlußvertheilung ermitteltes, vorher nicht zur Masse gezogenes Vermögensstück bei Strafe des Verlustes zu einer Zeit geltend gemacht werden müßte, in der es gar nicht als Theil der Masse angesehen wird. Die Motive scheinen nach Bd. II. S. 119 freilich diesen Standpunkt einzunehmen.

bietende Verkauf gewisser Gegenstände, und namentlich der Forderungen ohne Zustimmung des Ausschusses ungültig sein? Es scheint in dieser Vorschrift bei der Veräußerung durch Meistgebot lediglich an die Fälle gedacht zu sein, wenn in der That die Veräußerung durch das Meistgebot entschieden wird, der Verwalter also in incertum eventum sich dem durch Meistgebot zu ermittelnden Käufer vorweg bindet. Eine Versteigerung, bei welcher der Verwalter sich den Zuschlag vorbehielt, und bei der die Gebote nur als Offerten angesehen werden, die der Verwalter annehmen oder ablehnen kann, scheint nicht unter den Begriff des Gesetzes fallen zu sollen. In jenem Sinne aber kann man dem Entwurf beistimmen. Dagegen scheint es nicht logisch richtig, wenn im §. 134 unter Nr. 2 als Rechtshandlung, welche der Zustimmung des Gläubigerausschusses bedarf, auch eine Unterlassung aufgeführt wird, wenn nämlich der Gemeinverwalter anhängige Prozesse aufgiebt, d. h. nicht aufnimmt. Aufgeben des Prozesses ist nach §. 13 des Entwurfs Nichtaufnehmen. Daß das Gesetz das Aufgeben des Prozesses ohne Zustimmung des Ausschusses für ungültig erklärt, erwirkt nicht Aufnahme des Prozesses. Zu § 13 ist aber bereits ausgeführt, daß diese Vorschrift einer Ergänzung bedarf. Geht diese dahin, daß die Aufgabe des Prozesses in bestimmter Frist vom Verwalter erklärt werden muß, widrigenfalls der Gegner trotz §. 205 des Entwurfs der Civilprozeßordnung gegen ihn reassumiren kann, so ist die hier vorliegende Vorschrift gerechtfertigt.

Der Entwurf scheint ferner als selbstverständlich vorauszusetzen, daß der Verwalter berechtigt ist, die zur Konkursmasse gehörigen beweglichen Sachen ebenso wie die unbeweglichen „im Wege der Zwangsvollstreckung" veräußern zu lassen, daß also Gerichtsvollzieher die ihnen vom Verwalter übergebenen Sachen wie solche, die durch Zwangsvollstreckung mit Beschlag belegt sind, zu versteigern haben. Was heißt sonst eine Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung, welche der Faustpfandgläubiger, nachdem er die Sache vorbehaltlich seines dinglichen Rechts, dem Verwalter herausgegeben hat, sich auf die Gefahr hin gefallen lassen muß, daß seine Forderung bei dem Verkauf nicht zur Hebung gelange? Die Bestimmung des §. 129 wird, da dies doch wohl nicht selbstverständlich ist, ausdrücklich hervorzuheben haben, daß der Verwalter alle beweglichen Sachen der Masse dem Gerichtsvollzieher behufs des öffentlichen Verkaufs übergeben, sie auch von dem Faustpfandgläubiger &c. zu diesem Zwecke herausfordern kann, und daß einem

solchen Verkauf als einem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung absonderungsberechtigte Gläubiger nicht widersprechen dürfen.

In der obigen Zusammenstellung ist eine Vorschrift noch nicht erwähnt, welche sich an die Bestimmungen über die Nothwendigkeit einer Hinterlegungsstelle für die eingehenden Gelder anschließt. §. 136 ordnet an, daß durch diese Hinterlegungsstelle abgesehen von laufenden Verwaltungsausgaben auch die Zahlungen aus der Gemeinmasse zu effectuiren sind, und zwar auf Anweisungen des Verwalters, welche zu ihrer Gültigkeit der Mitunterschrift eines Mitgliedes des Gläubigerausschusses bedürfen und, wenn sie auf Order (nach dem bisherigen Sprachgebrauch wohl richtiger „an Order") lauten, den Artikeln 301, 303, 305 des deutschen Handelsgesetzbuches unterstellt sind. Dieser Anweisungsverkehr soll Ersatz bieten für die lästige und in einem gemeinsamen deutschen Gesetz nicht als ein überall vorhandenes Institut vorauszusetzende gerichtliche Depositalverwaltung, und muß als geeignet hierzu anerkannt werden. Selbstverständlich haftet die Masse aus nicht honorirten Anweisungen im Regreßwege, insofern Anweisung nicht Zahlung ist. Es treten solchen Falls die Grundsätze von Masseschulden ein. Als Zahlung gilt die Anweisung, welche Gläubiger bei Vertheilung der Masse erhalten.

Vierter Titel.

Feststellung der Schuldenmasse.

Die Gemeinforderungen müssen, um als solche Berücksichtigung zu finden, angemeldet werden. Der öffentlichen Bekanntmachung des Eröffnungsurtheils schließt sich, wie oben erwähnt, die öffentliche Bekanntmachung der sofort nach Eröffnung des Verfahrens vom Gericht festzusetzenden Anmeldungsfrist an. Die Bedeutung dieser Anmeldungsfrist, welche nach dem Entwurf ein bis drei Monate betragen soll, liegt nicht im Ausschluß der sich nicht meldenden Gläubiger weder von der Masse überhaupt noch von der nachträglichen Forderung der bei einer vorläufigen Vertheilung zur Hebung gebrachten Dividenden (K.-O. §. 254) sondern nur darin, daß der sich mit der Anmeldung verspätende Gläubiger die vorher fertigen Thatsachen innerhalb des Verfahrens als solche anerkennen und respektiren, auch die Kosten des besonderen Prüfungstermins tragen muß. (§. 138, 148, 152, 154.) Der allgemeine — ebenfalls sofort bei Eröffnung des Verfahrens be-

stimmte und veröffentlichte — Prüfungstermin — ist zwei bis vier Wochen nach Ablauf der Anmeldungsfrist anzusetzen. (§. 138.)

Es erhellt aus diesen Bestimmungen das Streben, dem Verfahren einen schleunigern Verlauf zu geben, als nach der Preußischen Konkursordnung stattfindet. Die Fristen sind verkürzt, die doppelte Anmeldungsfrist beseitigt.

Die Anmeldungen sind durch Niederlegung eines Schriftsatzes auf der Gerichtsschreiberei oder durch Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers zu bewirken, sie werden in der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten aufgelegt und dem Verwalter ohne Verzug abschriftlich mitgetheilt. (§§. 139. 140.)

Wem soll die Fürsorge dafür, daß dies geschieht, obliegen? Im Sinn der neuen Gesetzgebung sicher nicht dem Richter, sondern dem Gerichtsschreiber; es scheint aber wünschenswerth, daß dies im Gesetz Ausdruck findet. Auch möchte sich für die Mittheilung der Abschriften ein einfaches Verfahren feststellen lassen. Es wird von dem Verwalter nicht zuviel verlangt sein, wenn man festsetzt, daß er die Duplikate der Anmeldungsschriftsätze — und für diese empfiehlt es sich, Einreichung in duplo vorzuschreiben — oder die sofort vom Gerichtsschreiber zu veranlassenden Abschriften der protokollarischen Anmeldungen auf der Gerichtsschreiberei entgegennehmen und über deren Empfang auf dem auf der Gerichtsschreiberei niedergelegten Exemplare quittiren muß.

Der wesentliche Inhalt jeder Anmeldung besteht in der Angabe des Betrages der Forderung in Reichsmünze (§. 71) und ihres Schuldgrundes (§. 139). Jede angemeldete Forderung wird nach der Rangordnung des beanspruchten Vorrechts vom Gerichtsschreiber in eine doppelte Tabelle eingetragen, von welcher ein Exemplar drei Tage nach Ablauf der Anmeldungsfrist auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht aufgelegt, das andere dem Verwalter mitgetheilt wird[1]) Der Verwalter hat nun spätestens eine Woche vor dem Prüfungstermin seine vorläufige Erklärung über alle Anmeldungen auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen und die Gläubiger, deren Forderungen er nicht anerkennt, zu benachrichtigen. Die Mitglieder des Ausschußes sollen unter der Tabelle vermerken, daß sie von den Anmeldungen und der Erklärung des Verwalters Kenntniß genommen haben. (§§. 140. 141.)

[1]) auch hier besser „vom Verwalter auf der Gerichtsschreiberei gegen Quittung auf dem ersten Exemplar entgegen zu nehmen ist." S. oben.

Es wird gut sein, wenn das Gesetz selbst die hier von dem Verwalter verlangte Erklärung als eine „vorläufige", wie oben eingeschaltet ist, bezeichnet, seine endgültige Erklärung hat der Verwalter erst im Prüfungstermin abzugeben. Es ist ferner bereits oben S. 91 Anm. 1 darauf hingewiesen, daß der Formalismus, daß alle Mitglieder des Gläubigerausschusses die hier gedachte Erklärung abzugeben haben, beseitigt werden sollte, und daß statt dessen die Versicherung des Verwalters, daß er die Tabelle und seine Erklärung den Mitgliedern des Gläubigerausschusses vorgelegt habe, vollständig ausreicht.

Der Prüfungstermin hat den Zweck, die angemeldeten Forderungen nach Richtigkeit und Vorrecht als unstreitig festzustellen, im Streitfall, die streitenden Theile zu bestimmen, endlich bei streitigen Forderungen über vorläufige Zulassung derselben zu einem Ergebniß zu gelangen. Der Gemeinschuldner soll sich im Termin über die Forderungen erklären; seine Erklärungen sind aber nicht geeignet, die Feststellung eines Anspruchs als unstreitig auszuschließen. Diese erfolgt und die Feststellung wird vom Gericht in die Tabelle eingetragen mit Wirkung eines rechtskräftigen Urtheils wider alle Gemeingläubiger, wenn die Forderung vom Verwalter ausdrücklich anerkannt und von keinem anwesenden Gläubiger, der eine Forderung angemeldet hat, bestritten wird. Ein Vorrecht kann nach der Prüfung nicht mehr in Anspruch genommen werden. Die vorläufige Zulassung einer Forderung kann durch allseitige Zustimmung bewilligt werden. Im Fall eines Widerspruchs entscheidet das Gericht in dem Termin endgültig darüber (§§. 142—144).

Wenn oben gesagt ist, daß die Verhandlung im Termin sich auf die Richtigkeit und das Vorrecht der angemeldeten Forderungen erstrecke, so bedient sich der Entwurf selbst (§. 142 Abs. 1) des Ausdrucks: es werde über die angemeldeten Forderungen und ihre Eintragung in die Tabelle verhandelt. In dieser sind sie aber bereits eingetragen. Der Sinn der Vorschrift ist also wohl „über die Stelle der Eintragung in die Tabelle". Daß die Verhandlungen auch für das Vorrecht entscheidend sind, erklärt §. 144 ausdrücklich, der zugleich dem Prüfungstermin die Bedeutung eines gesetzlichen Präklusivtermins für die Geltendmachung eines Vorrechts beilegt. Denn so muß man wohl die betreffende Vorschrift bezeichnen; ob die in den Motiven enthaltene Ausführung einer Wirkung der Eintragung in die Tabelle

[1] Motive Bd. II. S. 98.

„als Judikat“ auch gegen den, der ein Vorrecht nicht beansprucht hat, zutreffend ist, kann füglich dahin gestellt bleiben.

Bis zum Termin und im Termin kann also ein bei der Anmeldung nicht beanspruchtes Vorrecht noch geltend gemacht werden, und dasselbe gilt als festgestellt, wenn es von Niemand bestritten wird. Darüber wer das Verlangen bevorrechtigter Ansetzung bestreiten kann, spricht sich der Entwurf nicht ausdrücklich aus. Als selbstverständlich wird man annehmen können, daß ein mit dem Vorrecht I. unter allseitiger Zustimmung angesetzter Gläubiger dem Anspruch eines andern auf das Vorrecht II nicht mit Erfolg widersprechen kann, weil ihm jedes Interesse fehlt. Aber ebenso fehlt dem Verwalter alles Interesse daran, ob ein Gläubiger als bevorrechtigt anerkannt wird oder nicht. Dennoch giebt ihm die Preußische Konkursordnung §§. 172 ff. ausdrücklich das Recht und die Pflicht, sich über die Vorrechte zu erklären, welche die einzelnen Gläubiger beanspruchen. Vielleicht soll derselbe Satz im §. 142 Abs. 2 ausgesprochen sein, wenn hier eine Forderung als unstreitig bezeichnet wird, „soweit“ sie vom Verwalter ausdrücklich anerkannt wird u. s. w. Ein klarer Ausspruch des Gesetzes, daß das Vorrecht der Forderungen von dem Verwalter und den dabei interessirten Gläubigern bestritten werden kann, scheint nothwendig. Derselbe ist von größerer Bedeutung für die gemeinrechtlichen Bezirke, für welche in langer Uebergangszeit besondere Vorrechte (z. B. der Generalpfandgläubiger, die solche Rechte vor dem neuen Konkursgesetz erworben hatten) durch das Einführungsgesetz eingeräumt werden müssen.

Nicht blos die bis zum Ablauf der Anmeldungsfrist sondern die bis zum Termin mit Anmeldung ihrer Ansprüche aufgetretenen Gläubiger haben das Recht bestreitende Erklärungen abzugeben. Die Motive führen, um die Bedenken hiergegen abzuschneiden, aus, daß ein Gläubiger, welchem die Forderung bestritten wird, im Prozesse demnächst das Interesse des bestreitenden Gläubigers und damit die Sachlegitimation desselben in Abrede stellen und so den Widerspruch beseitigen kann.[1]) Das erscheint nicht richtig, wenigstens nicht zweckmäßig. Ganz abgesehen von den prozessualischen Verwickelungen, die eine Entscheidung über seine Legitimation gegen den bestreitenden Gläubiger im Verhältniß zu der Frage herbeiführt: ob dieser Gläubiger trotzdem im Konkursverfahren selbst weiter zuzulassen ist, und die

[1]) Motive Bd. II. S. 96.

ferner entstehen würden, wenn derselbe Gläubiger gegen zwei andere mit bestreitender Erklärung hervorgetreten wäre und er nun gegen den einen für legitimirt erachtet würde, gegen den andern nicht; so möchte der §. 142 des Entwurfs dahin auszulegen sein, daß hier die Legitimation zum Bestreiten für jeden begründet wird, der einen Anspruch als Gläubiger angemeldet hat, ohne die weitere Bedingung, daß er auch wirklich Gläubiger sei. Und dies ist jedenfalls zweckmäßig. Das mögliche Resultat eines solchen Bestreitens ist die Abweisung des Anspruchs zu Gunsten aller Gläubiger. Soll man jeden anwesenden Gläubiger nöthigen, sich der bestreitenden Erklärungen, welche abgegeben sind, ausdrücklich anzuschließen, wenn er die ohnehin bestrittene Forderung nicht für richtig hält? Er kann sich dabei beruhigen, daß sie streitig ist. Und es möchte sich sogar rechtfertigen und empfehlen, statt jenes Satzes der Motive in den Text des Gesetzes die Bestimmung aufzunehmen, daß, wenn eine Forderung einmal streitig ist, auch solche Gläubiger, welche im Prüfungstermin ausdrücklich bestreitende Erklärungen nicht abgegeben haben, berechtigt sind, in dem anhängig gemachten besondern Verfahren, als Nebenintervenienten sich an dem Rechtsstreit zu betheiligen.

Die Verhandlung über Feststellung streitiger Forderungen verweist der Entwurf zu besonderem Verfahren vor das sachlich zuständige Prozeßgericht, in dessen Bezirk das Gemeinschuldverfahren schwebt, sofern nicht ein anderer ausschließlicher Gerichtsstand vorgeschrieben oder der Rechtsweg unzulässig ist, wenn aber bereits vor Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens ein Prozeß über die Forderung anhängig war, in Fortsetzung dieses Verfahrens. Die Feststellung zu betreiben liegt den Gläubigern der streitigen Forderungen ob. Summarische Prozeßformen sind ausgeschlossen. Entscheidend sind auch im besondern Verfahren die materiellen Bestimmungen der Gemeinschuldordnung, es handelt sich ferner nur um Feststellung der Forderung nach Betrag und Schuldgrund, wie sie angemeldet ist. Das Urtheil wirkt gegen alle Gemeingläubiger. Der obsiegende Theil muß die Berichtigung der Tabelle bewirken. Der Streitgegenstand der Prozesse wird vom Prozeßgericht unter Berücksichtigung des Verhältnisses der Theilungs- zur Schuldenmasse nach freiem Ermessen festgesetzt. Wenn einzelne Gläubiger den Prozeß zum Vortheil der Masse geführt haben, können sie bis zum Belauf dieses Vortheils Ersatz ihrer Prozeßkosten aus der Masse fordern (§§. 145—147).

Auch diese Bestimmungen über die besonderen Prozesse werden einer näheren Durcharbeitung bedürfen. Wenn der Entwurf die Fälle, in denen der Rechtsweg unzulässig ist, von der Verhandlung und Entscheidung vor dem ordentlichen Prozeßgericht einfach ausnimmt, so bleiben solche streitige Ansprüche für immer streitig, sind also im Konkurse überhaupt nicht festzustellen. Das kann nicht die Absicht des Entwurfs sein, — und wer anders als die Gerichte soll dann entscheiden, wenn darüber Streit ist, ob der Rechtsweg ausgeschlossen sei. Kompetenzkonflikte und besondere Behörden für Erledigung derselben giebt es nicht überall im Reiche. Die Ausschließung des Rechtswegs kann für einen erhobenen Anspruch eine negative oder eine positive Bedeutung haben, dem Anspruch kann die rechtliche Geltendmachung versagt sein, z. B. dem Anspruch gegen einen Exekutivbeamten wegen Beschädigung durch eine Diensthandlung, oder der Anspruch wird mit Ausschluß des Rechtswegs durch eine Administrativbehörde festgestellt wie eine Steuerforderung. In beiden Fällen wird doch das Gericht über die im Konkurs streitige Forderung, dahin, ob sie im Konkurs festzustellen sei, entscheiden müssen, im erstern Fall wird die Feststellung wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs abzulehnen sein, im letztern hat der Richter die Administrativentscheidung einfach als maßgebend zu Grunde zu legen: der vorhandene Streit fordert aber richterliche Erledigung.

Die Kompetenzbestimmung ist noch nach einer andern Richtung bedenklich. Die sehr dankenswerthe Bestimmung über Feststellung des Streitgegenstandes mit Rücksicht auf das Verhältniß der Theilungs- zur Schuldenmasse setzt ein mit der Sache befaßtes „Prozeßgericht“ voraus, die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts oder Amtsgerichts wird aber anderer Seits durch die Höhe des Prozeßgegenstandes beeinflußt.[1]) Hier ist zu helfen durch Zuweisung der Feststellung des Objects an das Konkursgericht, das im Prüfungstermin bei Feststellung des Anspruchs als streitig, nach Anhörung der streitenden Theile sofern sie anwesend sind, die Objectshöhe zu arbitriren und so für die Frage der sachlichen Zuständigkeit die Grundlage zu gewähren hat. Ein anderes Gericht als das Konkursgericht hat auch nicht Kenntniß von den Thatsachen, welche auf die Arbitrirung des Objects von Einfluß sein sollen.

[1]) Entwurf des Gesetzes über die Verfassung der Gerichte: §. 27, Nr. 1 §. 33 No. 1.

Der Entwurf überläßt es den Parteien im besondern Verfahren dem Prozeßrichter darzulegen, ob der vor ihm geltend gemachte Anspruch dem Inhalt der Anmeldung entspricht. Mit Recht wird davon Abstand genommen, daß dem Gläubiger der streitigen Forderung von Amts wegen, wie nach §. 229 der Preuß. Konk.-Ordnung, eine beglaubte Abschrift der Anmeldung, des Prüfungsprotokolls und eines Auszugs der Tabelle zu ertheilen ist. Dadurch erwächst vielfach unnützes Schreibewerk. Aber zu mißbilligen ist, wenn die Motive[1]) hierbei ausführen, es lasse sich auch durch übereinstimmende Parteierklärungen konstatiren, ob die Schranken bei Formulirung der Klaganträge gewahrt seien, und wenn dann Anmeldung und Urtheil sich nicht deckten, werde die Anerkennung im Konkurse, also die Bewirkung der Berichtigung der Tabelle zu versagen sein. Handelte es sich hierbei stets um eine Summendifferenz, so ließe sich das vielleicht hören, so intrikate Fragen aber wie die, ob das Urtheil auf demselben Schuldgrund beruht, den die Anmeldung bezeichnet, wird man nicht anders als durch das Urtheil selbst zur Feststellung bringen können. Deshalb ist es nothwendig im §. 145 einzuschalten, daß die Anmeldung und die Prüfungsverhandlung dem Prozeßrichter von dem betreibenden Gläubiger stets in beglaubter Abschrift vorzulegen sind.

Wenn endlich der §. 145 im letzten Absatz dem obliegenden Theil zur Pflicht macht, die Berichtigung der Tabelle zu bewirken, so ergänzt sich die Vorschrift zwar aus §. 143 Abs. 1 dahin, daß das Gericht, nicht etwa blos der Gerichtsschreiber die Eintragung vorzunehmen hat. Es wird aber doch zweckmäßig sein hinzuzufügen, daß die Eintragung auf Grund einer Ausfertigung des Urtheils mit dem Zeugniß der Rechtskraft vom Gericht ohne mündliche Verhandlung zu bewirken ist, also nicht schon bei vorläufiger Vollstreckbarkeit des Urtheils. Die Tabelle soll das enthalten, was als Judikat unter den Gemeingläubigern wirksam ist. (§. 143). Bei der Vertheilung sollen freilich auch vorläufig vollstreckbare Forderungen berücksichtigt werden. (§. 152). Inwiefern dies angemessen, ist zum folgenden Titel zu erörtern.

Fünfter Titel.

Vertheilungsverfahren.

Der Entwurf unterscheidet:

1) Vorwegzahlung, die, abgesehen von Masseschulden, auch bei festgestellten bevorrechtigten Forderungen vom Verwalter vorgenommen werden kann (§. 150) ohne daß ein Recht, dazu besteht;

[1]) Motive Bd. II. S. 100.

2) Abschlagsvertheilungen, welche auf Antrag des Verwalters vom Gläubigerausschuß nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermins und sofern nicht ein Zwangsvergleichsverfahren schwebt, zu beschließen sind, sobald und so oft hinreichende Masse vorhanden ist (§§. 149, 151, 154);

3) die Schlußvertheilung, welche nach Beendigung der Verwerthung der Masse in derselben Weise unter Genehmigung des Gerichtes, die ohne mündliche Verhandlung ertheilt werden kann, beschlossen wird (§. 156);

4) nachträgliche Vertheilungen, welche von dem Verwalter ohne weiteres Verfahren vorgenommen werden, wenn sich nach der Schlußvertheilung noch eine zu vertheilende Masse ergiebt (§. 160.) Für die Vertheilungen zu 2 und 3 sind folgende Bestimmungen gemeinsam: Der Vertheilungsbeschluß wird unter ungefährer Angabe des zu theilenden Massebestandes und der Summe der zu berücksichtigenden Forderungen öffentlich bekannt gemacht. Diese Bekanntmachung gilt als präklusivische Ladung einmal an alle Gläubiger streitiger Forderungen, binnen zwei Wochen nach der Veröffentlichung dem Verwalter nachzuweisen, daß die Forderungen durch ein vollstreckbares Urtheil festgestellt oder von dem Gericht vorläufig zugelassen und bei dem Prozeßgericht durch Klage oder Fortsetzung der Kage verfolgt sind. Die betreffenden Gläubiger sollen vom Verwalter besonders benachrichtigt werden. Nur die Gemeinforderungen, für welche dieser Nachweis geführt ist, werden bei der Vertheilung neben den unstreitigen Forderungen berücksichtigt. Die Ausschließung ist nur bei Erschöpfung der Masse durch die Vertheilung eine Ausschließung von der Masse überhaupt, bei Abschlagsvertheilungen kann nachträglich, sobald der Nachweis nachgeholt ist, Zuweisung der bis dahin festgesetzten Prozentsätze aus der Restmasse, so weit diese reicht, und so lange nicht eine neue Ausschlußfrist abgelaufen ist[1]) beansprucht werden. (§§. 151, 152, 155).

[1]) Der Ablauf einer neuen Abschlußfrist schließt den der doppelten Versäumniß schuldigen Gläubiger nicht endgültig von der Masse aus, sondern nur von der Beeinträchtigung der für die zur neuen Abschlagsvertheilung Berechtigten festzusetzenden Prozentsätze: es möchte deshalb in §. 455 statt der Worte „so lange nicht die Ausschlußfrist für eine neue Vertheilung abgelaufen ist“, zu sagen sein „soweit die Restmasse nicht in Folge des Ablaufes einer neuen Ausschlußfrist zur Zahlung der danach festzusetzenden Prozentsätze an die nicht ausgeschlossenen Gläubiger zu verwenden ist.“

Die Bekanntmachung gilt mit derselben Präklusivfrist als Ladung n alle diejenigen, welche Ansprüche auf Herausgabe von Sachen aus er Masse, auf abgesonderte Befriedigung oder auf Zahlung einer Massenschuld haben; sie sollen diese Ansprüche bei dem Verwalter geltend nachen, widrigenfalls sie nicht ferner auf denjenigen Massebestand geltend gemacht werden können, der zur Auszahlung festgesetzter Prozentsätze rforderlich ist, oder den Gegenstand der Schlußvertheilung bilden. Der § 153 sagt „der Gegenstand der Schluß- oder Nachtragsvertheilung"; letztere Worte stehen mit § 160 nicht in Einklang, da für die Nachtragsvertheilung eine öffentliche Bekanntmachung überhaupt nicht stattfindet.[1])

Für Abschlagsvertheilungen setzt nach Ablauf der Ausschlußfrist der Gläubigerausschuß nach Anhörung des Verwalters den zu zahlenden Prozentsatz fest, den der Verwalter öffentlich bekannt macht, und von dem er die berücksichtigten Gläubiger benachrichtigt. (§. 154.) Vor der Schlußvertheilung findet nach Ablauf der Ausschlußfrist ein öffentlich bekannt zu machender Schlußtermin statt, der jedem angemeldeten Gemeingläubiger besonders bekannt gemacht wird. Bei dem Antrage auf Ansetzung desselben legt der Verwalter ein Verzeichniß aller zu berücksichtigender Forderungen zur Einsicht der Betheiligten auf der Gerichtsschreiberei nieder. Der Schlußtermin findet statt zur Verhandlung über das Verzeichniß, zur Abnahme der Schlußrechnung und zur Beschlußfassung über nicht verwerthbare Vermögensstücke. Ueber die dabei gegen das Verzeichniß und gegen die Ausführung der früheren Vertheilungen erhobenen Einwendungen entscheidet das Gericht endgültig. Das berichtigte auf der Gerichtsschreiberei niedergelegte Verzeichniß und ein Beschluß des Gläubigerausschusses über den Theilungstag, der wie die Theilungssumme öffentlich bekannt gemacht wird, bilden die Grundlagen der Schlußvertheilung (§§. 157—159).

Alle Vertheilungen werden durch den Verwalter ausgeführt, und zwar in der Weise, daß die Gemeingläubiger, deren Forderungen festgestellt, bei ihm eine, als Zahlung geltende und von ihm bei Voll-

[1]) Oder soll die Bekanntmachung der Schlußvertheilung die Wirkung des Ausschlusses auch von der später sich ergebenden Masse der Nachtragsvertheilung haben? Das hieße statuiren, daß ein Eigenthumsanspruch auf ein nach der Schlußvertheilung ermitteltes, vorher nicht zur Masse gezogenes Vermögensstück bei Strafe des Verlustes zu einer Zeit geltend gemacht werden müßte, in der es gar nicht als Theil der Masse angesehen wird. Die Motive scheinen nach Bd. II. S. 119 freilich diesen Standpunkt einzunehmen.

zahlung nur gegen Aushändigung der über die Schuld bestehenden Urkunde[1], bei Theilzahlungen unter Vermerkung der Zahlung auf der Urkunde zu ertheilende, von der Hinterlegungsstelle angenommene Anweisung auf diese erhalten. Bei Nichtabnahme derselben bis zum Ablauf eines Jahres nach Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens oder der später eingetretenen Zulässigkeit der Aushändigung, werden die Beträge unter Vernichtung der Anweisung dem Gemeinschuldner ausgezahlt. (§. 161, §. 163, §. 165.

Für Gläubiger noch nicht festgestellter oder bedingter Forderungen werden die Antheile bis zur Feststellung oder dem Eintritt der Bedingung zurück behalten, und erst dann angewiesen. Die Zinsen der so zurückbehaltenen oder sonst nicht erhobenen Antheile von Abschlagsvertheilungen fließen bis zum Theilungstag[2]) zur Gemeinmasse. Ein unter auflösender Bedingung berechtigter, dem Gemeinschuldner zur Sicherstellung verpflichteter Gläubiger erhält die Anweisung nur gegen Bestellung der Sicherheit, über deren Art und Umfang das Konkursgericht im Streitfall endgültig und ohne die Nothwendigkeit mündlicher Verhandlung entscheidet. (§§. 162, 165). Zurückbehaltene Beträge, welche nach der Schlußvertheilung frei werden, Beträge, welche zurückgezahlt werden, weil sie nur unter auflösender Bedingung oder auf Grund eines nicht rechtskräftigen (nachher geänderten) Urtheiles gezahlt waren und nachträglich ermittelte Vermögensstücke, bilden den Gegenstand der Nachtragsvertheilungen, für welche das Verzeichniß der Gläubiger der Schlußvertheilung maßgebend ist. (§. 160.)

Die Aushändigung der Anweisungen erfolgt an Rechtsanwalte, welche einen Gemeingläubiger im Gemeinschuldverfahren vertreten, ohne besondere Vollmacht, andere Vertreter müßen in glaubhafter Form bevollmächtigt sein. (§. 164).

Die Vorzüge des so geordneten Vertheilungsverfahrens vor dem immer noch äußerst komplizirten Verfahren der Konkursordnung springen

---

[1]) Wenn aber die Urkunde nicht beigelegt werden kann, weil sie verlegt oder verloren ist, ohne daß ihre Existenz feststeht, wird ein Mortificationsschein oder soweit eine Amortisationserklärung statthaft ist, diese die Stelle der Urkunde vertreten müssen, was vielleicht im Gesetz anzudeuten ist.

[2]) Der Theilungstag wird solchen Falls vom Gläubigerausschuß nicht auf einen zukünftigen Tag angesetzt werden können, da sich sonst die Theilungsmasse, wegen der Ungewißheit, ob solche Antheile nicht vor dem Theilungstag erhoben werden, nicht mit voller Sicherheit berechnen läßt.

s Auge. Bedenklich kann erscheinen, wenn die dabei eintretenden räklusionen davon abhängig sind, daß noch rechtzeitig dem Verwalter, r an sich keine publica fides hat, Nachweise geführt oder bei ihm nsprüche erhoben sind, ohne das Zwischenglied einer gerichtlichen hätigkeit, welche die Rechtzeitigkeit feststellen könnte. Aber einmal ist r Verwalter, da die Gläubiger auf seine Ernennung nicht ohne Einuß sind, als der Mann des Vertrauens der Gläubiger anzusehen: nd sodann würde bei jeder Betheiligung des Gerichtes das Verfahren en Verzug der Einfachheit einbüßen. Die Berechtigten mögen sich öthigen Falls Beweise für die rechtzeitige Mittheilung an den Veralter sichern. — Im Uebrigen kann in Zweifel gezogen werden, ob ie Feststellung eines Anspruches schon vor Rechtskraft des Urtheiles ur Erhebung von Dividenden aus der Konkursmaße legitimiren sollte, enn das Urtheil blos vollstreckbar ist. Es würde nicht als eine erebliche Härte gegen die betreffenden Gläubiger angesehen werden önnen, wenn sie die Rechtskraft abwarten müßten. — In dem Schlußermin werden die Einwendungen gegen die vom Verwalter gelegte Rechnung nicht sämmtlich durch Verhandlung erledigt; sondern nur ie Einwendungen gegen frühere Vertheilungen, welche auf die Schlußvertheilung von Einfluß sein können. Ein Verfahren über die sonstigen Monita ist eben so wenig, wie für das in §. 137 offen gelassene rechtliche Gehör geordnet. Danach muß jeder zu Monituren berechtigte (cf §. 84), diese Einwendungen und die daraus herzuleitenden Ansprüche im ordentlichen Verfahren vor dem Prozeßgericht geltend zu machen berechtigt sein, — aber doch nicht für sich, sondern für die Masse. Jedenfalls bedarf das Verzeichniß der Ursachen, die zu einer Nachtragsvertheilung führen können, deshalb der Ergänzung, in sofern ein in Folge von Ausstellungen gegen die Rechnung des Verwalters erstrittener Betrag, nachträglich eine zu vertheilende Masse ergeben kann. Der Entwurf hat ferner den Verwalter für omnis culpa und die Mitglieder des Gläubigerausschusses für versäumte diligentia quam suis rebus verantwortlich erklärt, ohne daß festgesetzt wäre, ob die Ansprüche hieraus nur auf Grund eines Gläubigerbeschlusses von einem neuen Verwalter (dessen Ernennung eine culpa des alten Verwalters nicht immer nothwendig macht) oder ob sie von allen Gläubigern und dem Gemeinschuldner für die Masse geltend gemacht werden können. Finden sich nun gleich ähnliche Lücken in den meisten Konkursgesetzen, und sind danach die Vorschriften über Verantwortlichkeit der Konkurs-

verwalter mehr theoretische Sätze, als daß sie zu praktischer Geltend-machung gebracht zu werden pflegen, so ist das doch bei einem neu-Gesetz zu vermeiden. Es scheint ferner die Ausstellung gegen Verwaltungsführung und Rechnungslegung im Konkursverfahren sel Erledigung finden zu müssen. Deshalb möchte es zweckmäßig sei den Schlußtermin nicht bloß für Einwendungen gegen die Rechnun (§. 84) sondern auch für Ansprüche aus mangelhafter Führung d Amtes eines Verwalters oder Mitgliedes des Gläubigerausschusses zu Präklusivtermin zu machen, in dem Termin aber eventuell auch üb alle diese Ansprüche zu verhandeln, und das Konkursgericht zur En scheidung zu autorisiren. Ob für jeden dieser Fälle mit Ausschluß d Berufung? ist eine andere Frage. Vollständiger Abschluß aller An sprüche an den Verwalter im Konkurse ist schon nothwendig, um d Rückzahlung der von ihm geleisteten Kaution zu begründen. Daneb bleibt der Verwalter für Ausführung der Schlußvertheilung jede Gläubiger für seinen Theil verhaftet, und der Schuldner, weil er da Recht auf die nicht erhobenen Dividenden hat, wird seiner Zeit vo ihm über Ausführung der Schlußvertheilung Rechnungslegung forder können. — Hervorzuheben ist endlich noch, daß §. 164 des Entwurfs mit einem von der deutschen Gesetzgebung bisher einheitlicher Regelun nicht zugeführten Beruf operirt, wenn er bevollmächtigte Rechtsanwalt anderen Bevollmächtigten entgegen stellt; den Rechtsanwalten sind hie wohl die Advokaten zur Seite zu stellen, um der Mannigfaltigkeit de bestehen bleibenden Justizeinrichtungen gerecht zu werden.

Sechster Titel.
Zwangsvergleich.

Eine eingehende Erörterung der Zweckmäßigkeit und Nothwendig keit des Zwangsvergleichs-Verfahrens im Konkurse müßte die vo dem Entwurf im vierten Buch gegebenen Vorschriften über das Ver fahren zur Abwendung des Konkurses durch Zwangsvergleich nebe den Vorschriften über den Vergleich im Konkurse selbst in Betracht ziehen. Rücksichtlich der Nothwendigkeit und Zulässigkeit sowie de Grenzen der Zulässigkeit eines Zwangsvergleichs gehen die Meinungen noch soweit auseinander, daß ein kurzer Bericht zur Klärung de Fragen nicht beitragen kann. Die Ausführungen der Motive behandel diesen Gegenstand mit großer Uebersichtlichkeit und vortrefflicher Einsicht in die Bedürfnisse des Lebens. Es muß deshalb auf die Motiv

lbst verwiesen werden. Hier nur eine summarische Darstellung dessen, was der Entwurf für den Zwangsvergleich im Konkurse vorschreibt, als dessen Wesen die Motive feststellen, daß er sein soll ein Vergleich über Aufhebung der Vermögensbeschlagnahme, über eine Befriedigung der Gläubiger durch den Schuldner gegen Freigabe seines gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens. Die Bestimmungen des Entwurfs stehen in mannigfacher Hinsicht auf einem vorgeschrittenen Standpunkt gegenüber der Preußischen Konkursordnung, die in der offiziellen Fürsorge des Richteramts für die öffentliche Ordnung und das Interesse der Gläubiger dem Gericht eine schön klingende aber bei ihrer Unerreichbarkeit in dieser Allgemeinheit eben nur schön klingende Aufgabe stellt, die annähernd besser erreicht zu werden verspricht, wenn der offiziellen Fürsorge weniger zugemuthet und die Selbstthätigkeit in Anspruch genommen wird. Der Zwangsvergleich des Entwurfs kann nur auf Grund eines vom Gläubigerausschuß geprüften und nicht zurückgewiesenen Vorschlags des Gemeinschuldners und nur mit den nicht bevorrechtigten Gemeingläubigern geschlossen werden, welche sämmtlich zum Vergleichstermin besonders zu laden sind und durch die Mehrheit der Erscheinenden dem Vergleich ausdrücklich zugestimmt haben müssen, und zwar dergestalt, daß die Summe der Forderungen der zustimmenden Gläubiger drei Viertheile der Gesammtsumme aller zum Mitstimmen berechtigten Forderungen beträgt. Der so angenommene Vorschlag erlangt Gültigkeit als Zwangsvergleich durch ein rechtskräftiges Bestätigungsurtheil, vermöge dessen er für und gegen alle nicht bevorrechtigten Gemeingläubiger verbindlich wird, auch wenn dieselben an dem Gemeinschuldverfahren oder an der Beschlußfassung über den Vergleich nicht Theil genommen oder dem Vergleich widersprochen haben, ohne jedoch die Rechte dieser Gläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Gemeinschuldners zu berühren. (§§. 166. 170. 173. 177. 183.)

Ein Zwangsvergleich kann erst nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermins geschlossen werden. Dem Vorschlag und Abschluß steht ferner entgegen, wenn der Gemeinschuldner flüchtig ist oder die Ableistung des Offenbarungseides verweigert, wenn wegen betrüglichen Bankerutts gegen ihn das Hauptverfahren eröffnet und er nicht rechtskräftig freigesprochen ist, wenn endlich in demselben Verfahren bereits ein Zwangsvergleich wegen Benachtheiligung des allgemeinen Kredits verworfen ist. (§§. 166. 168.) Seinem Inhalt nach muß der Ver-

gleich allen nicht bevorrechtigten Gemeingläubigern gleiche Rechte währen, sofern die zurückgesetzten Gläubiger nicht ausdrücklich einwillig Nebenvergleiche mit einzelnen Gläubigern sind nichtig (§. 175). W die Erfüllung des Vergleichs durch Pfand oder Hypothek gesic werden soll, so soll dies nur so statthaft sein, daß die Sicherhe bestellung durch eine bestimmte Summe begrenzt wird, und wenn gleich im Vergleich eine Person bezeichnet wird, welche kraft Gese — auch für die nicht beim Vergleichschluß mit abstimmenden Gläubi — berechtigt ist, die bestellte Sicherheit zu verwerthen oder freizugeb die Eintragung der Hypothek zu beantragen und ihre Löschung zu willigen, — letzteres aber und Freigebung des auf die Hypot fallenden Erlöses nur nach einem öffentlichen Aufgebot durch Amtsgericht der belegenen Sache. (§. 176.)

Der Vergleichsvorschlag, welcher angeben muß, zu welc Prozentsätzen, in welchen Theilen und Fristen die Befriedigung Gläubiger bewirkt und wie dieselbe sicher gestellt werden soll, w dem Gläubigerausschuß eingereicht. Dieser prüft ihn unter ziehung des Verwalters und nach seinem Ermessen unter persönlicher Anh rung des Gemeinschuldners. Er kann mit Zustimmung des erstern, we noch nicht die Hälfte der Gemeinforderungen festgestellt oder vorläu zugelassen ist, oder wenn bereits ein Vergleichsvorschlag in demselb Verfahren von den Gläubigern abgelehnt, vom Gericht verworfen oder vom Gemeinschuldner nach öffentlicher Bekanntmachung des Vergleichs termins zurückgezogen ist, den Vorschlag zurückweisen. Sonst hat er sich über Annehmbarkeit oder Unannehmbarkeit des Vorschlags auszu sprechen. Erachtet er den Vorschlag für unannehmbar, so fällt damit das Recht des Gemeinschuldners beim Gericht auf vorläufige Unter sagung der Veräußerung von Massegegenständen anzutragen. (§§. 167. 169—171.)

Auf Antrag des Verwalters, der den Vorschlag mit der Erklärung des Gläubigerausschusses auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niederlegt, wird nun vom Gericht mit Frist von längstens vier Wochen der Vergleichstermin angesetzt. Die Ladungen der Gläu biger zu demselben erfolgen unter Mittheilung des Vergleichsvorschlags und der Erklärung des Ausschusses. Geladen werden auch (alles von Amtswegen) Gemeinschuldner und Verwalter. Erscheint der Gemein schuldner nicht, der nur im Fall wenn das Gericht die Vertretung wegen Krankheit oder anderer unabwendbarer Hindernisse zuläßt, sich

vertreten lassen kann, so gilt der Vorschlag als zurückgenommen. Sonst erfolgt die Beschlußfassung nach Begründung seines nur unter Bestimmung des Gläubigerausschusses der Abänderung unterliegenden Vorschlags durch den Gemeinschuldner und nach gutachtlicher Aeußerung des Verwalters und des Gläubigerausschusses. Das Protokoll über Annahme des Vergleichs wird in der Gerichtsschreiberei zur Einsicht aufgelegt. (§§. 172—174. 177.)

Das Verfahren über Bestätigung des Vergleichs wird nach Annahme desselben von Amtswegen eingeleitet durch Festsetzung eines öffentlich bekannt zu machenden mit Frist von ein bis zwei Wochen anberaumten Verhandlungstermins, zu welchem der Gemeinschuldner, der Verwalter und die Mitglieder des Gläubigerausschusses geladen werden; der Verwalter und der Gläubigerausschuß werden gutachtlich gehört. Anträge können im Termin der Gemeinschuldner und die nicht bevorrechtigten Gemeingläubiger stellen. Das Gericht hat dem Vergleich die Bestätigung zu versagen, wenn die für das Verfahren und den Abschluß des Vergleichs gegebenen Bestimmungen nicht beobachtet sind und das Fehlende nicht ergänzt werden kann, oder wenn nachträglich ein Fall der Unzulässigkeit des Vergleichsschlusses eingetreten ist, ferner wenn die Verweisung des nicht mit Einstimmigkeit angenommenen Vergleichs im Termin auf Grund von Thatsachen beantragt ist, welche ergeben entweder, daß der Vergleich durch heimliche Begünstigung oder durch Betrug zu Stande gebracht worden, oder daß er das Interesse aller Gemeingläubiger oder den öffentlichen Kredit benachtheiligt. Sonst wird der angenommene Vergleich bestätigt. Die Kosten fallen bis auf die durch den unbegründeten Widerspruch eines Gläubigers entstandenen Kosten dem Gemeinschuldner zur Last. Das niemals vorläufig vollstreckbare Bestätigungsurtheil und ebenso das Verwerfungsurtheil unterliegen binnen einer seit der Verkündung des Urtheils laufenden Woche der Berufung, welche von dem Gemeinschuldner, jedem Gläubiger, der im Verhandlungstermin einen Antrag gestellt hat, und wenn die Verwerfung nicht auf Antrag erfolgt ist, jedem Gemeingläubiger eingelegt werden kann, der seine Forderung wahrscheinlich macht. Die Berufung gegen das Verwerfungsurtheil geht gegen den Verwalter und die Gläubiger, welche Verwerfung beantragt haben, die Berufung gegen das Bestätigungsurtheil ist gegen den Gemeinschuldner und diejenigen Gläubiger, welche Bestätigung beantragt haben, als Streitgenossen zu richten. Von dem Berufungsgericht sind der Verwalter,

sofern er nicht Partei ist, und der Gläubigerausschuß gutachtlich zu hören. (§§. 178—182.)

Unter Vermeidung aller allgemeineren theoretischen Erörterungen lassen sich an die einzelnen Bestimmungen des Entwurfs folgende Bemerkungen knüpfen:

1. Die Beschränkung der befreienden Wirkung des bestätigten Zwangsvergleichs auf die Person des Gemeinschuldners hat in §. 183 Absatz 2 eine dem §. 198 Abs. 2 der Pr. K. O. entsprechenden Ausdruck gefunden. In voller Anerkennung der Richtigkeit des Satzes ist hierbei der Konkursordnung und dem Entwurf eine zu enge Fassung vorzuwerfen. Nicht allein gegen Mitschuldner und Bürgen sondern ebenso gegen den, welcher für die Schuld des Gemeinschuldners seine Sache verpfändet hat, ohne die persönliche Bürgschaftsobligation zu übernehmen, und gegen den Dritteigenthümer einer verpfändeten Sache, welcher die Sache belastet mit dem Pfandrecht ohne Uebernahme der persönlichen Schuld erworben hat, muß die Restschuld trotz der persönlichen Befreiung des Gemeinschuldners ferner geltend gemacht werden können. Es folgt dies nicht etwa aus dem Recht der dinglichen Gläubiger auf Sonderbefriedigung aus dem Pfand, — denn dies Recht hat nur Bedeutung für die Sachen, welche dem Gemeinschuldner gehören. In Anwendung des bestehenden Rechts der Konkursordnung wird man dem Gläubiger durch analoge Ausdehnung des §. 198 helfen können, das neue Gesetz muß den Gedanken voll zum Ausdruck bringen, und wird dies am besten in negativer Fassung dahin geschehen können: „Nur für seine Person wird der Gemeinschuldner von der rechtlichen Verbindlichkeit für den vergleichsweise nachgelassenen Theil der Forderung des Gemeingläubigers befreit."

2. Unpräzise ist auch die dem §. 189 Abs. 1 der Konk.-Ordn. entsprechende Fassung des Hindernisses für einen Zwangsvergleichsschluß in §. 168 Nr. 2: „wenn wegen betrüglichen Bankerutts gegen den Gemeinschuldner das Hauptverfahren eröffnet und er nicht rechtskräftig freigesprochen ist." Ein wegen betrüglichen Bankerutts zur Untersuchung gezogener Gemeinschuldner wird nicht freigesprochen, wenn in der zur Anklage gestellten Handlung auch nur der Thatbestand fahrlässigen Bankerutts oder eines andern Vergehens gefunden wird. Die Absicht des Entwurfs geht für diesen Fall nicht dahin, den Zwangsvergleich auszuschließen. Es muß also heißen: „wenn er wegen betrüglichen Bankerutts zu Strafe verurtheilt oder deshalb das Hauptverfahren gegen ihn eröffnet und noch nicht beendigt ist."

3. Die Bestimmung über die Nothwendigkeit, daß im Falle einer Sicherheitsbestellung für Erfüllung des Akkords durch Pfand oder Hypothek eine Person benannt werden muß, die zur Verfügung über diese Sicherheit Kraft des Gesetzes legitimirt ist, scheint eines weiteren Ausbaues zu bedürfen, als §. 176 des Entwurfs gewährt. Zunächst ist in dieser Bestimmung nicht ganz klar, ob die Beschränkung, nach welcher die Bewilligung der Löschung einer Hypothek oder der Freigabe ihres Erlöses ein Aufgebot vorangehen muß, eine Beschränkung der Legitimation kraft Gesetzes sein soll, oder nur eine Instruktion für den Vertreter der Interessenten, deren Ueberschreitung ihn gegen diese verhaftet macht. Auf wessen Kosten soll ferner das Aufgebot stattfinden, von wem sollen dem zur Stellung des Antrages Verpflichteten die Kosten vorgeschossen oder ersetzt werden? Welche Verbindlichkeit übernimmt der gesetzlich legitimirte Vertreter der Gläubiger gegen die ihm bekannten und unbekannten Gläubiger? Haftet er ihnen aus seinen Akten und nach welchen Rechtsgrundsätzen? Wenn er z. B. ein Faustpfand, für dessen Herausgabe oder Freigabe ein Aufgebot der Gläubiger nicht vorgeschrieben ist, freigiebt? Soll hier alles lediglich von den im Vergleich enthaltenen ausdrücklichen Abreden abhängen, und sollen die Rechte aus diesen Abreden auch den nicht vertretenen Gläubigern zustehen? Welche Folgen hat es ferner, wenn sich auf das Aufgebot Gläubiger melden, die der Freigabe widersprechen? Hört dann die Legitimation des Vertreters auf, und wie soll im Bejahungsfalle die Hypothekenbehörde oder der Subhastationsrichter die Legitimation von Amtes wegen in solchem Fall prüfen? Oder soll auch nach dem Aufgebot nur persönliche Verantwortlichkeit des gesetzlich legitimirt bleibenden Vertreters bestehen? Wenn aber letzteres, warum denn die Kompetenz des Amtsgerichtes der gelegenen Sache? Was soll endlich geschehen, wenn der Vertreter stirbt oder unfähig wird? Im Geiste des Entwurfes und der modernen Gesetzgebung über gesetzliche nach Außen wirkende Vollmachten (Prokuren) und über das Amt des Grundbuchrichters möchte es liegen, diese Fragen durch folgende Bestimmungen zu lösen, die an Stelle des §. 176 Abs. 2 treten müßten: „Der bestellte Vertreter haftet den nicht bevorrechtigten Gläubigern, deren Forderungen im Gemeinschuldverfahren festgestellt oder vorläufig zugelassen sind, und jedem anderen Gläubiger, der ihm eine Forderung, welche als nicht bevorrechtigte Gemeinforderung im Verfahren geltend gemacht werden konnte, als vollstreckbar dargethan

hat, für Bewahrung der bestellten Sicherheit, nach den Grundsätzen vom Vertretungsauftrag. Die Löschung einer Hypothek oder Freigabe des darauf fallenden Erlöses zu bewilligen ist er erst nach einem öffentlichen Aufgebot durch das Gericht, vor welchem das Gemeinschuldverfahren geschwebt hat, verpflichtet und berechtigt, nachdem alle diejenigen, welche sich als widerspruchsberechtigt gemeldet haben, ausdrücklich zugestimmt haben oder ihm Beseitigung des Widerspruches durch vollstreckbares Urtheil nachgewiesen ist. Das Aufgebot muß er auf die Aufforderung dessen, dem die Löschungsbewilligung oder Freigabe zu Gute kommt, wenn derselbe für die Kosten Sicherheit leistet, beantragen. Tritt in seiner Person ein Umstand ein, durch welchen der Stellvertretungsauftrag nach gesetzlicher Vorschrift aufgehoben wird, so findet auf Antrag eines Gläubigers, welcher die Kosten übernehmen muß, durch öffentliche Ladung eine Zusammenberufung der Gläubiger zur Wahl eines neuen Vertreters statt, dem über seinen Eintritt an die Stelle des früheren Vertreters eine Bescheinigung des Gerichtes ertheilt wird. Der Pfandschuldner kann solchen Falles die Feststellung seines Rechtes auf Löschung oder Freigabe durch ein Aufgebot beantragen.

4. Das Schreibewerk, welches der Gerichtsschreiberei zugemuthet wird, wenn jeder Gläubiger Abschrift des Vergleichsvorschlags und der Begutachtung durch den Gläubigerausschuß erhalten soll, ist ungeheuerlich. Es genügt Ladung unter Hinweis auf den bei der Gerichtsschreiberei hinterlegten Vergleichsvorschlag und die ebenda hinterlegte Begutachtung, deren Resultat allein, — ob der Vorschlag als annehmbar oder als unannehmbar bezeichnet ist, — mit der Ladung mitgetheilt werden muß.

5. Die Vorschriften über das Bestätigungsverfahren bedürfen einer Ergänzung, insofern es sich um die Folgen des Ausbleibens des Gemeinschuldners im Verhandlungstermine handelt: Der nur unter der Voraussetzung rechtzeitiger Verhandlung über die Bestätigung angenommene Vergleichsvorschlag muß dann als zurückgenommen gelten.

6. Nicht der Gläubigerausschuß, der als solcher nur durch Beschlüsse thätig sein kann, sondern die einzelnen erscheinenden Mitglieder des Ausschusses sind bei der Verhandlung vor dem Konkursgericht und in der Berufungsinstanz (§§ 174, 179, 182) gutachtlich zu hören.

Ueber das Verhältniß des durch zwangsvergleichsweise Beendigung des Gemeinschuldverfahrens wieder in die Verfügung über sein

Vermögen getretenen Schuldners zu den einzelnen Gläubigern, in so weit in dem Zwangsvergleiche Leistungen von dem Schuldner versprochen sind, enthält der Entwurf nur die ausdrückliche Vorschrift, daß, soweit die Leistungen aus dem Vergleiche noch nicht fällig sind, ihre Feststellung im Gemeinschuldverfahren nur im Fall eines Arrestgrundes den Anspruch auf eine Hypothek am unbeweglichen Vermögen des Gemeinschuldners gewährt (§ 184). Gegen Solche, welche neben dem Gemeinschuldner Verpflichtungen ohne das Recht der Vorausklage übernommen haben, soll die stattgehabte Feststellung, sofern der Gemeinschuldner nicht die Forderungen ausdrücklich bestritten hat, Zwangsvollstreckung begründen (§ 183 Abs. 3). Von diesen Vorschriften scheint die erstere kaum etwas Neues, dem Konkurse Eigenthümliches neben den Vorschriften der §§ 728, 729 u. 743 des Entwurfes der Civilprozeßordnung anzuordnen, und wenn nach dem in § 743 cit. angezogenen Rechte eines Landes die Vollziehung eines Arrestes in unbewegliches Vermögen keine Hypothek begründet, so liegt kein Grund vor, den Arrest gegen einen früheren Gemeinschuldner anders zu behandeln. Die zweite Vorschrift unterwirft selbstschuldnerische Akkords-Intercedenten in den Fällen der Zwangsvollstreckung, in denen der Gemeinschuldner selbst derselben nach der späteren Vorschrift in § 202 des Entwurfes unterworfen ist, welcher Paragraph alle festgestellten Forderungen gegen den Gemeinschuldner nach beendetem Verfahren vollstreckbar erklärt, wenn sie nicht vom Gemeinschuldner ausdrücklich bestritten waren. An diesem mit Beendigung jedes Konkurses eintretenden Rechtsverhältnisse ändert der Zwangsvergleich nur dann und in soweit etwas, als die Gläubiger in dem Vergleiche von ihrem Rechte etwas nachgelassen haben. Allein § 183 Abs. 3 sagt ebenso wenig wie § 202, in welcher Weise der Grundsatz relativer Vollstreckbarkeit der Feststellung einer Forderung gegen den Gemeinschuldner und dessen Akkords-Intercedenten in Wirksamkeit gesetzt werden soll und wenn die Bestimmungen der Civilprozeßordnung zu Hülfe genommen werden, so ergiebt sich daraus die Konsequenz, daß über die Frage, ob die Forderung festgestellt ist, ob ihr der Schuldner widersprochen hat, und ob der Intercedent ohne die Wohlthat der Vorausklage haftet, der Gerichtsvollzieher entscheiden müßte, wie derselbe in den Fällen des § 638 der Civilprozeßordnung über das Vorhandensein der Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung zu befinden hat 2c. Das geht doch aber nicht an, und wenn das Gesetz hier Zwangsvollstreckung zuläßt, ist die Prüfung

der Voraussetzungen dem Gerichte in die Hand zu geben. Es ist als dem § 183 Abs. 3 und dem § 202 etwa hinzuzufügen: „Das Gericht hat auf Antrag ohne mündliche Verhandlung durch einen der Anfechtung nicht unterliegenden Beschluß auszusprechen, zu welchem Betrag die Forderung auf Grund der Feststellung, deren Zeit anzugeben ist vollstreckbar ist. Auf Grund dieses vom Gerichtsschreiber auszufertigenden Beschlusses findet die Zwangsvollstreckung statt."

Der bestätigte Zwangsvergleich ist weder durch eine Restitutionsklage noch wegen Nichterfüllung durch den Gemeinschuldner anfechtbar (§ 185). Der einzelne Gläubiger ist jedoch berechtigt, den vergleichsweisen Erlaß seiner Forderung — unbeschadet der Rechte aus dem Vergleich — anzufechten, wenn der Zwangsvergleich durch Betrug zu Stande gebracht ist, insbesondere wenn mit Wissen oder im Interesse des Gemeinschuldners Gegenstände der Gemeinmasse verheimlicht, oder falsche Schuldbeträge aufgestellt, oder Gläubiger, ohne deren Zustimmung der Zwangsvergleich nicht angenommen wäre, heimlich begünstigt sind, ohne daß es dem Gläubiger als Verschulden anzurechnen ist, daß er den Anfechtungsgrund nicht schon im Bestätigungsverfahren geltend gemacht hat (§ 186). An dieser Anfechtungsklage scheint nur auszusetzen, daß die heimliche Begünstigung eines Gläubigers zur Anfechtung (abweichend von § 203 Pr. K.-O.) nur genügen soll, wenn ohne die Zustimmung desselben der Vergleich nicht angenommen wäre. Fälle solcher Begünstigung sind schwer erweislich. Es rechtfertigt sich aber aus einem erwiesenen Fall die Annahme, daß überhaupt durch solche Begünstigung der Akkord zu Stande gebracht ist. Diese Fiktion kann nur wohlthätig wirken.

Der Erlaß wird für alle Gläubiger von Rechtswegen aufgehoben und gutgläubige Akkordintercedenten werden ebenso von Rechts wegen von ihrer für Erfüllung des Vergleichs übernommenen Pflicht frei, wenn der Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts rechtskräftig verurtheilt wird. In solchem Falle wird, wenn genügende Masse vorhanden ist, das Gemeinschuldverfahren auf Antrag eines Gemeingläubigers oder des bisherigen Gemeinverwalters durch Beschluß ohne mündliche Verhandlung wieder aufgenommen. Auch können schon vor der rechtskräftigen Verurtheilung auf Antrag eines Gläubigers Sicherungsmaßregeln gegen den Gemeinschuldner vom Gericht angeordnet werden. Der Wiederaufnahmebeschluß wird wie das Eröffnungsurtheil publicirt. An dem neuen Verfahren nehmen die inzwischen einge-

tretenen neuen Gläubiger und ebenso die alten, soweit ihre Ansprüche noch nicht getilgt sind, Theil. Aus der für die Erfüllung des Zwangsvergleichs bestellten Sicherheit können aber erstere Befriedigung nicht fordern, ohne daß letztere wegen dieser Sonderstellung am vollen Recht als Gemeingläubiger Einbuße erleiden. Als Tag der Zahlungseinstellung gilt rücksichtlich jener und überhaupt rücksichtlich der Zwischengeschäfte der Tag des ersten den Gemeinschuldner verurtheilenden Erkenntnisses. Das Verfahren wird, soweit nöthig, wiederholt. Hierzu gehört auch erneute Prüfung der bereits geprüften Forderungen, jedoch nur hinsichtlich einer inzwischen eingetretenen Tilgung. (§. 187 bis §. 191).

Diese Bestimmungen über die Wiederaufnahme des Konkurses und ihren Grund geben zu Bemerkungen keinen Anlaß.

Siebenter Titel.

Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens.

Die Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens ist durch endgültigen Beschluß des Gerichtes anzuordnen, und zwar ohne mündliche Verhandlung, sobald der Schlußtermin abgehalten oder ein Zwangsvergleich rechtskräftig bestätigt ist, oder auf Antrag des Verwalters und des Gläubigerausschusses, sobald sich ergiebt, daß eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Gemeinmasse nicht vorhanden ist; und auf Grund einer durch öffentliche Bekanntmachung des Termines und Ladung des Gemeinschuldners und der Mitglieder des Gläubigerausschusses vorbereiteten mündlichen Verhandlung [1]), wenn der Gemeinschuldner mit einem auf der Gerichtsschreiberei niederzulegenden Antrage auf Aufhebung des Verfahrens die Zustimmung aller vorhandenen Gemeingläubiger oder nach dem Prüfungstermine die Zustimmung derjenigen Gläubiger, deren Forderungen festgestellt oder vorläufig zugelassen sind, in beglaubter Form beigebracht hat. Ueber den Widerspruch des Verwalters, des Gläubigerausschusses (rectius der Mitglieder des Ausschusses) oder eines Gläubigers, von denen die beiden ersteren sich über den Antrag jedenfalls auszusprechen haben, entscheidet das Gericht endgültig nach seinem Ermessen. Vindikanten und Gläubiger, welche aus Sondermassen Befriedigung suchen, sind nicht

[1]) Die Fassung des § 197 Abs. 2 ist ungenau, wenn sie für alle Fälle der Aufhebung des Verfahrens eine mündliche Verhandlung unnöthig erklärt, während die §§ 198 ffg. eine solche für den Fall des § 192 regeln.

zum Widerspruch, sondern nur zu einem Antrage auf Sicherheitsleistung berechtigt, über den das Gericht nach freiem Ermessen unter Feststellung der Art der Sicherheit endgültig entscheidet. Als Aufhebung behandelt wird es schließlich, wenn das Eröffnungsurtheil in der Berufungsinstanz aufgehoben wird. Vor der Aufhebung sind jedenfalls die Masseschulden und auf Antrag die bevorrechtigten Gemeinforderungen, soweit sie festgestellt sind, auszuzahlen, letztere auch, soweit sie nur vorläufig zugelassen werden, sicher zu stellen. Die Aufhebung wird durch die öffentliche Bekanntmachung, welche zugleich den Grund der Aufhebung angeben muß und durch dieselben Blätter erfolgt, durch welche die Eröffnung bekannt gemacht ist, und zwar mit Ablauf des Tages wirksam, an welchem das die Bekanntmachung enthaltende Centralblatt ausgegeben ist. Der Gemeinschuldner erhält damit das Recht, über sein Vermögen frei zu verfügen, zurück, vorbehaltlich der Befugniß des Gemeinverwalters, nachträglich ermittelte Gegenstände, welche zur Gemeinmasse gehört haben würden, in Besitz zu nehmen und zur Nachtragsvertheilung zu bringen. Soweit die Gläubiger nicht befriedigt sind, können sie ihre Forderung gegen den Schuldner -- abgesehen von den Schranken, die ihnen ein Zwangsvergleich setzt — jederzeit weiter geltend machen, und zwar, soweit die Forderungen im Verfahren festgestellt und nicht ausdrücklich vom Gemeinschuldner bestritten sind, durch Zwangsvollstreckung (§§ 192—203).

Es scheint in diesen Vorschriften eine Bestimmung über die Rechnungslegung des Verwalters in den Fällen, in denen das Verfahren ohne Schlußtermin zu Ende gebracht ist, über seine und der Gläubigerausschußmitglieder volle Entlastung in allen Fällen, und über die Bedingungen, unter denen ihm die bestellte Kaution zurück zu zahlen ist, zu fehlen. Auf die Nothwendigkeit solcher Vorschriften ist schon oben hingewiesen.

Die Gleichstellung der Aufhebung des Eröffnungsurtheiles mit einem Aufhebungsbeschluß ist in sofern ungerechtfertigt, als nicht zu ersehen ist, in wie fern solchen Falls bevorrechtigte Gläubiger vor Bekanntmachung des Aufhebungserkenntnisses Auszahlung oder Sicherstellung sollen beanspruchen können. Die betreffende Vorschrift ist bei sonstiger Gleichstellung der Fälle auszunehmen. Ferner ist davon auszugehen, daß die öffentliche Bekanntmachung der Aufhebung regelmäßig durch den Gerichtsschreiber des Konkursgerichtes von Amtswegen zu bewirken ist. Von der Aufhebung des Eröffnungsurtheiles erhält

über das Konkursgericht von Amtswegen keine Kenntniß. In § 203 wird deshalb hinzuzufügen sein: die Bekanntmachung erfolgt in diesem Falle, sobald der Verwalter oder der Gemeinschuldner eine Ausfertigung des Urtheiles des Berufungsgerichtes auf der Gerichtsschreiberei niederlegt.

Es scheint auch nicht nothwendig, die Aufhebung des Verfahrens selbst von der vorgängigen Berichtigung gewisser Schulden abhängig zu machen; es wird genügen, wenn die Aushändigung der Masse, vorbehaltlich der im Uebigen sofort eintretenden Verfügungsfreiheit des früheren Gemeinschuldners von der Berichtigung der betreffenden Ansprüche abhängig gemacht wird.

Daß endlich die Vollstreckung auf Grund der Feststellung einer Forderung im Verfahren gegen den früheren Gemeinschuldner einer näheren formalen Regelung bedarf, ist schon zum vorigen Titel ausgeführt.

Achter Titel.

Wiedereinsetzung des Gemeinschuldners.

Die Wiedereinsetzung des Gemeinschuldners hat nach § 204 des Entwurfs den Zweck, dem Gemeinschuldner den Genuß derjenigen bürgerlichen Ehrenrechte zurückzugeben, welche er durch die Eröffnung des Verfahrens verloren hat. Die Beendigung des Verfahrens soll den Verlust oder die Beschränkung dieser Rechte nicht nothwendig beseitigen, vielmehr sollen diese bis zur Wiedereinsetzung fortdauern. Das Gesetz hat aber nur die Dauer gesetzlich eintretender Beschränkungen zu regeln. Deshalb erscheint es ungerechtfertigt, wenn die Motive [1]) auch die Beschränkungen durch autonomische Statuten hierherziehen. Es kann einer Vereinigung, welche sich ein Statut giebt, gesetzlich nicht versagt werden, einen Gemeinschuldner auf Lebenszeit, auch wenn er Wiedereinsetzung erlangen sollte, von der Mitgliedschaft oder dem Besuch ihrer Versammlungen auszuschließen. Deshalb ist auch der Absatz 2 des § 204 im Entwurf selbst ungerechtfertigt, wenn hier vorgeschrieben wird, der Besuch der Börse könne dem Gemeinschuldner schon vor der Wiedereinsetzung vom Vorstande gestattet werden. Die Bestimmung hierüber wie die, ob die Eröffnung des Verfahrens überhaupt vom Besuch der Börse ausschließt, ist den Börsenstatuten zu

---

[1]) Bd. II. S. 191, 194.

überlassen, wie der Entwurf mit Recht es als nicht zum Konkursrechte gehörig verschmäht hat, Beschränkungen, welche in Folge des Verfahrens eintraten, nach dem Beispiele der Preuß. Konk.-Ordnung § 310 hervorzuheben.

Die Wiedereinsetzung erfolgt auf Kosten des Gemeinschuldners, soweit nicht Kosten durch den unbegründeten Widerspruch eines Gläubigers verursacht sind, durch Beschluß des Gerichtes, und wird öffentlich bekannt gemacht. Die Art der Bekanntmachung bestimmt das Gericht. Der Beschluß kann auf Antrag des Gemeinschuldners bei Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens gefaßt werden, nachdem der Verwalter, der Gläubigerausschuß und die in einer Gläubigerversammlung erschienenen Gläubiger darüber gehört sind, und der Antrag dem Staatsanwalt mitgetheilt ist, oder nach Aufhebung des Verfahrens in Folge eines ebenfalls der Staatsanwaltschaft mitzutheilenden Antrages des Gemeinschuldners, auf Grund mündlicher Verhandlung, deren Termin öffentlich bekannt gemacht und zu welcher der frühere Verwalter und die Mitglieder des früheren Gläubigerausschusses, sofern sie im Gerichtsbezirke wohnen, besonders geladen werden, nach Anhörung der besonders geladenen Personen und jedes noch nicht befriedigten Gläubigers, der verhandeln will. Im ersten Falle ist der Beschluß des Konkursgerichtes endgültig, im letzteren findet das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde statt. Die Wiedereinsetzung ist für immer unzulässig, wenn der Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerutts rechtskräftig verurtheilt ist, zeitweilig drei Jahre lang nach der Abweisung eines früheren Antrages auf Wiedereinsetzung. Während ein Hauptverfahren wegen betrüglichen Bankerutts schwebt und so lange eine wegen einfachen Bankerutts erkannte Strafe nicht verbüßt, verjährt oder erlassen, auch die Zeit des erkannten Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte nicht abgelaufen ist, kann Wiedereinsetzung weder beantragt noch ertheilt werden. Die im Konkursverfahren zu ertheilende Wiedereinsetzung setzt voraus, daß die Zahlungsunfähigkeit durch von dem Gemeinschuldner nicht verschuldete Ereignisse herbeigeführt ist, und daß er den während des Verfahrens ihm obliegenden Pflichten genügt hat; nach beendigtem Verfahren ist sie zu ertheilen, wenn der Schuldner vollständige Tilgung sämmtlicher Forderungen der früheren Gemeingläubiger ohne Berücksichtigung des Inhaltes eines Zwangsvergleiches nachweist; sie kann auch ohne den Nachweis vollständiger Tilgung ertheilt werden, wenn einzelne Gläubiger nicht zu ermitteln sind oder

wenn unter besonders geeigneten Umständen der Antrag von der Gemeindebehörde befürwortet wird (§§ 205—212).

Auch in diesem Theile des Entwurfes sind erhebliche Fortschritte zu erkennen. Daß die Entschuldbarkeit des Gemeinschuldners nach dem diskretionären Ermessen des Konkursrichters auch abgesehen vom Zustandekommen eines Akkordes die Aufhebung der Beschränkungen in den Ehrenrechten begründen soll, ist ebenso sachgemäß, wie die festeren Formen des nachträglichen Verfahrens über Herstellung des guten Namens eines an sich nicht entschuldbar gewesenen Gemeinschuldners dem Bedürfnisse entsprechen und in der dem Verfahren gegebenen Oeffentlichkeit sich von falscher Sentimentalität frei halten.

Neunter Titel.

Abgekürztes Gemeinschuldverfahren.

Ein abgekürztes Verfahren ist bei der erheblichen Vereinfachung der Formen des Verfahrens nach dem Entwurfe nicht in gleichem Maße ein Bedürfniß, wie nach dem System der Konkursordnung; der Entwurf erkennt aber an, daß einige aufrecht erhaltene oder eingeführte Formen bei geringer Erheblichkeit oder Verwickelung des Verfahrens entbehrt werden können. Danach ist das abgekürzte Verfahren dahin geregelt: Bei Eröffnung des Verfahrens wird mit der Urtheilsformel bekannt gemacht, daß das abgekürzte Verfahren eintreten soll. Dann wird keine Anmeldungsfrist festgesetzt, und es wird nur ein Termin anberaumt, der gleichzeitig Wahl- und Prüfungstermin ist und auf vier bis sechs Wochen hinausgerückt wird. Die Anmeldefrist schließt gesetzlich 10 Tage vor diesem Termin; die Erklärungen des Verwalters sind drei Tage vorher auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen, und sofern sie bestreitend sind, den Gläubigern zuzustellen. Derselbe Termin kann dazu benutzt werden, über einen Zwangsvergleich Beschluß zu fassen, wenn der Vorschlag mindestens zwei Wochen vorher dem Gerichte eingereicht ist. Die Vornahme von Abschlußvertheilungen kann unterbleiben, ebenso ist es zuläßig, von der Wahl eines Gläubigerausschusses abzusehen und den Verwalter allein an dessen Stelle handeln zu lassen. Derselbe soll solchen Falles der Zustimmung der Gläubigerversammlung, bei deren Berufung aber Bekanntmachung des Beschlußgegenstandes nicht erforderlich ist, an Stelle des Ausschusses bedürfen, wo sonst ohne Rücksicht auf die Höhe des Gegenstandes Zustimmung des Ausschusses zur Gültigkeit des Aktes

erforderlich ist. Ebenso wird über die Gebühren des Verwalters statt des Ausschusses mit der Gläubigerversammlung verhandelt. Die Zurückweisung eines Zwangsvergleichs-Vorschlages findet nicht statt und Strafzinsen des Verwalters setzt das Gericht auf Antrag eines Gläubigers fest.

Wann dies Verfahren eintreten soll, ist ohne weitere kasuistische Abgrenzung dem Gerichte überlassen, falls die Gemeinmasse von geringem Belange oder der Kreis der Gemeingläubiger von geringem Umfange ist (§§ 213—215).

Von den Vorschriften über Abkürzung des Verfahrens kann nur diejenige Bedenken erregen, welche die vergleichsweise Aufgreifung des Debitwesens im ersten Termine zuläßt, weil die solchen Falles erforderlichen Voraussetzungen des Zwangsvergleiches nicht klar sind. Statt Einreichung an den Gläubigerausschuß, der noch nicht gewählt sein kann, scheint Einreichung an das Gericht vorgeschrieben zu werden. Es ist fraglich, ob damit die vorgängige Prüfung auch durch den Verwalter beseitigt sein soll, während wünschenswerth ist, daß die gutachtliche Aeußerung des Verwalters über Annehmbarkeit oder Unannehmbarkeit des Vergleiches die Stelle eines Gutachtens des Ausschusses ersetze. Es scheint ferner, als ob die besondere Ladung der Gläubiger zu dem Termine als Vergleichstermin aufgehoben sein soll, zumal 14 Tage vor dem Wahl- und Prüfungstermine noch nicht einmal die Anmeldungen vollständig vorliegen. Da der Verwalter in den regelmäßigen Fällen den Vergleichsvorschlag zur Einsicht der Betheiligten auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen hat, hier aber der Verwalter den Vorschlag gar nicht in die Hände bekommt, so scheint nicht einmal die Einsicht des Vorschlages vor dem Termine gehörig garantirt zu sein. Es ist deshalb wünschenswerth, daß die Vorschrift in § 214 Nr. 2 durch die Bestimmung ergänzt werde: „nachdem zuvor der Verwalter, durch welchen der Vorschlag auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht aufgelegt wird, sich an Stelle des Gläubigerausschusses über Annehmbarkeit oder Unannehmbarkeit des Vorschlages erklärt hat. Die besondere Ladung der bei dem Vergleiche Betheiligten muß auch in diesem Falle erfolgen."

III.

Der Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung.

Von Herrn Appellationsgerichtsrath v. Krämel zu Naumburg a/S.

Als einen weiteren Schritt zur einheitlichen Gestaltung des Deutschen Rechtes begrüßen wir den im vorigen Jahre veröffentlichten Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung.

Begünstigt wurde, wie die Einleitung zu den Motiven hervorhebt, das Beginnen durch die auf dem Gebiete des Handelsrechtes gewonnene Rechtseinheit und die in Aussicht stehende Einheit des bürgerlichen Prozeßrechtes. Der Entwurf lehnt sich deshalb überall an die Vorschriften des Entwurfes der Deutschen Prozeßordnung an, und nimmt wenig Rücksicht auf die Verschiedenheit der bei uns zur Zeit noch bestehenden Prozeßformen.

Die größte Schwierigkeit liegt dagegen in der Verschiedenheit unseres Privatrechtes. Neben das gemeine Deutsche Recht, welches in den einzelnen Staaten theils durch die Praxis, theils durch Landesgesetze, Provinzial- und Lokalrechte eine verschiedene Entwickelung erfahren hat, treten die Gesetzbücher, welche einen großen Theil Deutschlands beherrschen. Sie haben sich neuerlich noch durch das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen vermehrt.

Man hat geglaubt, diese Schwierigkeit lasse sich dadurch umgehen, daß man die Arbeit nur auf eine Regelung des Verfahrens, die Prozedur im engsten Sinne, beschränkt. Dagegen wird in den Motiven gesagt: Ganz abgesehen davon, daß es überhaupt sehr schwierig sei, eine scharfe Grenze zwischen dem materiellen und formellen Rechte zu finden, so sei insbesondere auf dem Gebiete des Konkursrechtes der Zusammenhang des formellen und materiellen Rechtes ein so inniger, daß die Normen des Verfahrens durch das materielle Recht bedingt seien, so habe das gemeine Deutsche Recht ein sehr komplizirtes System der Vorrechte der einzelnen Forderungen, dessen Quelle theils

im Römischen Rechte, theils in der späteren Praxis liege. Dies System der Vorrechte sei für die Gestaltung des Verfahrens wesentlich bestimmend gewesen. Die Feststellung der Rangordnung mußte deshalb durch besondere gerichtliche Entscheidung erfolgen. Auch die Präclusions- und Lokationserkenntnisse können nicht entbehrt werden, wenn man an dieser Rangordnung festhält. Die Preuß. Allg. Gerichtsordnung stand auf demselben Boden. Ganz abweichend hievon stelle die Preuß. Konkursordnung von 1855 — abgesehen von geringen, selten vorkommenden, oder doch leicht erkennbaren Vorrechten — alle Forderungen an die Masse im Range gleich. Deshalb konnte sie die Präclusions- und Lokationserkenntnisse fallen lassen. Daß die dadurch herbeigeführte Vereinfachung, Elastizität und Beschleunigung des Verfahrens ein großer Fortschritt gewesen, das werde von allen Seiten anerkannt.

Läßt sich somit eine Sonderung des Konkursverfahrens vom materiellen Konkursrechte nicht durchführen, so weisen die Motive doch nach, daß weder das Obligationenrecht, noch das eheliche Güterrecht, noch das Pfand- und Hypothekenrecht, so verschieden die in den einzelnen deutschen Ländern in dieser Beziehung geltenden Vorschriften auch sind, die Herstellung eines gemeinsamen Deutschen Konkursrechtes hindern. Dies beweise die Preuß. Konkursordnung von 1855, welche mit der Tendenz ausgearbeitet worden, auch in andere Rechtsgebiete eingeführt zu werden, in welchen das Preußische Recht noch keine Geltung hatte.

Am schwersten fallen die Gegensätze des materiellen Rechtes auf dem Gebiete des Pfand- und Hypothekenrechtes ins Gewicht.

Die Preuß. Konkursordnung geht in dieser Beziehung von dem Standpunkte des Preuß. Landrechtes aus, wonach es an Mobilien nur Besitzpfand, Hypotheken nur an unbeweglichen Sachen, und zwar nur in ein öffentliches Buch eingetragene Spezialhypotheken giebt. In Folge dessen können die Hypothekengläubiger unbedenklich an die Grundstücksmasse gewiesen werden und haben nicht nöthig, in den Konkurs sich mit einzulassen, um die Hypothek zur Geltung zu bringen.

Wo aber noch die gemeinrechtliche Generalhypothek und die gesetzlichen Hypotheken an Immobilien und Mobilien existiren, kann aus dem Erlös der Grundstücke nicht so leicht eine besondere Immobiliarmasse gebildet werden, vielmehr müßte diese Immobiliarmasse in die allgemeine Konkursmasse fließen, und die Hypothekengläubiger hätten

ihre Ansprüche im Konkurse zu liquidiren. Aehnlich verhält es sich mit den Faustpfandgläubigern. Es läßt sich daher die Beseitigung einer besonderen Rangordnung zwischen den dinglich gesicherten und blos persönlichen Forderungen nicht durchführen.

Gleichwohl darf, wie die Motive S. 4 sagen, diese Verschiedenheit des Hypothekenrechtes von dem Erlasse einer einheitlichen Konkursordnung nicht abschrecken. Einmal sei bereits in den meisten und insbesondere in den größten Staaten das System der Realfolien und damit das der eingetragenen Spezialhypotheken an Grundstücken durchgeführt, und die Beseitigung der etwa noch bestehenden Hypotheken an Mobilien biete keine Schwierigkeit. Auch sei die Preuß. Konkursordnung bereits in Gebiete eingeführt, in denen noch die gesetzlichen und Generalhypotheken existiren, und enthielten die Einführungsgesetze Uebergangsbestimmungen, welche in gleicher Weise bei Einführung der gemeinsamen Konkursordnung durch die Landesgesetzgebung für die betreffenden kleineren Rechtsgebiete erlassen werden könnten. Nach den Einführungsgesetzen vom 31. Mai 1860 für Hohenzollern gewähren General- und Spezialhypotheken, welche 6 Jahre vor Einführung der Konkursordnung erworben und bei Immobilien später nicht eingetragen sind, wenn der Konkurs nach der Einführung der Konkursordnung eröffnet wird, keinen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus dem Pfande, sondern nur ein Vorzugsrecht in der gemeinen Masse bis auf Höhe desjenigen Betrages, welcher aus dem Pfande zur Masse gekommen ist. Das Vorzugsrecht bestimmt sich nach den bisherigen Vorschriften.

Gesetzliche General- und Spezialhypotheken, welche nach dem 1. Oktober 1854 erworben sind oder noch später erworben werden, gewähren in Ansehung des beweglichen Vermögens weder ein Pfandrecht noch ein Vorzugsrecht.

Ein Pfandrecht an beweglichen Sachen findet seit dem 1. Oktober 1854 nur nach Maßgabe der Konkursordnung statt.

Das richterliche Pfandrecht auf Grund der Exekutionsvollstreckung ist abgeschafft.

Die Motive finden in der Preuß. Konkursordnung von 1855 im Wesentlichen die Richtung vorgezeichnet, welche bei der Abfassung einer deutschen Konkursordnung zu verfolgen sei, weil sie aus einer Verarbeitung des gemeinen Deutschen und des Französischen Rechtes hervorgegangen ist, sich auch in der Praxis besonders in Betreff ihrer

prinzipiellen Grundlagen bewährt haben. Doch sei sie zu wortreich und schwerfällig, hemme die Gläubiger und den Verwalter noch zu sehr, und entlaste das Gericht nicht genügend von den Verwaltungsgeschäften. Ein bedeutendes Zeugniß für den Werth der Preuß. Konkursordnung liege auch darin, daß die Konkursordnung für die im österreichischen Reichsrathe vertretenen Länder und die Civilprozeßordnung für Baiern, beide vom Jahre 1869, das System der Preuß. Konkursordnung in wesentlichen Punkten zur Grundlage erhalten haben.

Indeß schließt sich der Entwurf keineswegs fest an die Preuß. Konkursordnung an. Vielmehr ziehen die Motive in eingehendster Weise auch das Französische, Belgische, Holländische, Englische und Amerikanische Recht in den Bereich ihrer lichtvollen und eingehenden gründlichen Erörterung. Sie berücksichtigen ebenso wie jene Gesetze die wissenschaftlichen Forschungen und die Ergebnisse der Praxis. Mit seltenem Fleiß und großer Umsicht sind alle irgend erheblichen Fragen in den Motiven besprochen.

Der Entwurf vermeidet die nicht selten kasuistische und zu wortreiche Fassung der Preuß. Konkursordnung, und giebt dagegen die leitenden Grundsätze, nach welchen die einzelnen Streitfragen zu entscheiden sind. Dabei sind auch die in der Praxis hervorgetretenen Zweifel berücksichtigt. Doch dürften die nachfolgenden Bedenken ergeben, daß der Entwurf einige Bestimmungen der Preuß. Konkursordnung fortläßt, welche nicht so überflüssig sind, wie die Motive dies annehmen.

Die Sprache des Entwurfes empfiehlt sich durch Deutlichkeit und Kürze. Fremdwörter sind möglichst vermieden. Der Ausdruck Gemeinschuldordnung, Gemeinschuldverfahren, Gemeinschuldrecht ist nach S. 12 der Motive gewählt, weil in den verschiedenen Theilen Deutschlands für dies Rechtsverhältniß die abweichendsten Benennungen vorkommen und keine von ihnen weder deutschen Ursprungs sei, noch allgemeine Geltung für sich in Anspruch nehmen könne.

Indeß finden diese gewählten Ausdrücke doch wenig Beifall. Sie sind in der That zu schwerfällig und nicht ganz bezeichnend, denn jemand kann ein gemeinschaftlicher Schuldner sein, ohne daß damit seine Ueberschuldung verknüpft ist. Es dürfte sich das Wort „Gant" empfehlen. Die Ausdrücke: Gantverfahren, Gantrecht sind schon in Süddeutschland gebräuchlich, ihre allgemeine Einführung bietet also

keine Schwierigkeiten. Gantordnung ist kürzer und bezeichnender als: Gemeinschuldordnung. Zwar leitet man das Wort „Gant“ von quanti ab. Es läßt aber seinen Ursprung so wenig erkennen, daß Wenige seinen fremden Ursprung wissen. Das Wort kann in seiner jetzigen Gestalt wohl vollständig und mit mehr Recht als ein deutsches angesehen werden, als die Worte: Masse, Paragraph, Arrest, Hypothek, Protest, Regreß, Kapital u. s. w., welche sich häufig im Entwurfe finden.

Der Entwurf zerfällt in 5 Bücher und enthält:

das 1. Buch das materielle Gememeinschuldrecht,

das 2. Buch das Gemeinschuldverfahren,

das 3. Buch besondere Bestimmungen für das Gemeinschuldverfahren über Theilmassen,

das 4. Buch das Vergleichsverfahren zur Abwendung des Gemeinschuldverfahrens, und

das 5. Buch Strafbestimmungen.

Der Entwurf besteht aus 264 Paragraphen, während die Preuß. Konkursordnung deren 440 zählt.

Diese Verminderung der Anzahl der Paragraphen beruht zum Theil auf einer Vereinfachung des Verfahrens. Während die Preuß. Konkursordnung zwischen einem kaufmännischen und dem gemeinen Konkurse unterscheidet, kennt der Entwurf nur eine Art des Konkurses. Ebenso fällt im Entwurfe der Unterschied zwischen dem einstweiligen und definitiven Verwalter der Masse fort, welchen die Preuß. Konkursordnung macht.

Der Entwurf läßt aber auch Vorschriften der Preuß. Konkursordnung fort, weil die betreffenden Fragen sich nicht zur Regelung durch ein allgemeines Reichsgesetz eignen, sondern in dieser Beziehung die Landesgesetze Geltung behalten sollen. Dahin gehören besonders nach § 47 des Entwurfes die Vorschriften über das Verfahren bei einer Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung, über den Umfang der Immobiliarmasse, sowie über den Umfang und die Rangordnung der aus derselben zu berichtigenden Ansprüche.

Endlich läßt der Entwurf auch diejenigen Vorschriften fort, welche bereits in dem Entwurfe der Deutschen Prozeßordnung eine Stelle gefunden haben. Dahin gehört das Vertheilungsverfahren, wenn bei der Zwangsvollstreckung ein Geldbetrag hinterlegt ist, welcher zur Befriedigung der betheiligten Gläubiger nicht hinreicht, weil davon der

3. Titel im 8. Buche des Entwurfes der Deutschen Civilprozeßordnung handelt, sowie die Verstattung zur Rechtswohlthat der Kompetenz, worüber sich die Vorschriften in den §§ 612, 631 und 660 des Entwurfes der D. Civilprozeßordnung befinden.

Die Vorschriften der Preuß. Konkursordnung über die Zahlungsstundung sind ganz fortgelassen, weil die Zahlungsstundung nicht nur überflüssig, sondern dem Kredit sogar nachtheilig sei.

Neu sind dagegen die Bestimmungen im 4. Buche über das Vergleichsverfahren zur Abwendung des Gemeinschuldverfahrens. Es unterscheidet sich dies Verfahren dadurch von dem Zwangsvergleiche (Akkord), daß bei demselben die Eröffnung des Konkurses unterbleibt, dem Gemeinschuldner also Besitz und Verwaltung des Vermögens und die Verfügungsbefugniß nicht entzogen wird. Dies Verfahren hat sich besonders in England ausgebildet und bewährt.

Doch ist dies Verfahren nach dem Entwurfe nur ausnahmsweise gestattet, wenn die Zahlungsunfähigkeit durch unverschuldete Zeitumstände oder Unglücksfälle entstanden ist, wenn die Geschäfts- und Buchführung des Gemeinschuldners klar und vollständig den Stand der Sache übersehen läßt, wenn durch die Haltung einer überwiegenden Mehrzahl seiner Gläubiger bei der Eröffnung des Verfahrens gegründete Aussicht auf Erfolg gegeben ist, und die Persönlichkeit des Gemeinschuldners, sowie andere Garantien eine Verringernng des Vermögens während des Verfahrens nicht befürchten lassen. Der Schuldner tritt damit unter die Aufsicht der Gläubiger; es können gerichtliche Sicherungsmaßregeln getroffen werden.

Der Preuß. Konkursordnung ist aber auch noch ein Tarif zur Bestimmung der Belohnung und Entschädigung des Verwalters der Konkursmasse sowie der Entschädigung der Mitglieder des Verwaltungsrathes beigefügt, welchen der Entwurf nach S. 16 Bd. 2 der Motive fortgelassen hat, weil sich ein absoluter Maßstab bei der großen Mannichfaltigkeit der konkreten Fälle nicht aufstellen lasse. Der Preuß. Tarif bewege sich in so weiten Grenzen, daß er schon dadurch seinen Werth verliere; zudem sei das Gericht ermächtigt, in geeigneten Fällen die Tarifsätze zu erhöhen oder zu ermäßigen. Man müsse deshalb von einem gleichen Versuche Abstand nehmen.

§§ 83 und 89 des Entwurfes bestimmen daher nur:

§ 83.

Der Gemeinverwalter und dessen Stellvertreter haben Anspruch

auf Erstattung angemessener baarer Auslagen und auf Vergütung für ihre Geschäftsführung. Mangels Einigung zwischen ihnen und dem Gläubigerausschuß erfolgt die Festsetzung endgültig durch das Gericht.

§ 89.

Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben Anspruch auf Erstattung angemessener baarer Auslagen, die Mangels Einigung mit dem Verwalter von dem Gerichte endgültig festgesetzt werden.

Es empfiehlt sich aber nicht, daß sich der Verwalter und der Gläubigerausschuß gegenseitig ihre Entschädigung festsetzen sollen. Das kann leicht zu gegenseitiger Konnivenz führen. Deshalb dürfte der Bestimmung der Preuß. Konkursordnung der Vorzug zu geben sein, wonach die Festsetzung der Entschädigung jedesmal nach Maßgabe des Tarifes durch das Gericht erfolgt.

Indeß hat sich der Tarif doch in der Praxis bewährt. Er giebt doch immer dem Verwalter einen Anhalt für seine Forderung, und er würde dem Gläubigerausschuß gewisse Grenzen bei ihrer Bewilligung gewähren, so daß es auch nach der Bestimmung des Entwurfes nur ausnahmsweise einer Festsetzung des Gerichtes bedürfen wird.

Nicht zu billigen ist aber die Bestimmung in beiden Paragraphen, daß die Festsetzung des Gerichtes eine endgültige sein soll. Damit soll doch wohl der Weg der Beschwerde ausgeschlossen werden. Die Erfahrung lehrt aber, daß bei diesen Festsetzungen den Betheiligten zuweilen Unrecht geschieht, weshalb sie mit Erfolg Beschwerde erheben.

Man sollte sogar noch weiter gehen und dem Entwurfe ein Kostengesetz hinzufügen, um die große Ungleichheit zu beseitigen, welche jetzt noch im Deutschen Reiche für den Ansatz der Konkurskosten herrscht. Der Preuß. Tarif, welcher bestimmte Pauschbeträge anordnet, welche sich nach dem Betrage der Aktivmasse richten, hat sich durch seine Einfachheit und Angemessenheit so sehr bewährt, daß eine ähnliche für das ganze Deutsche Reich geltende Anordnung sich gewiß des Beifalls der Betheiligten erfreuen würde.

Was die Anordnung des Stoffes im Entwurfe angeht, so ist sie zwar folgerichtig. Dennoch ist es nicht leicht, im Entwurfe eine bestimmte Vorschrift, welche man sucht, gleich zu finden, weil er an demselben Fehler wie der Entwurf der Deutschen Civilprozeßordnung leidet. Es fehlen nämlich

die Allegate und die Marginalien.

Um das Auffinden zu erleichtern, muß einmal das Gesetz selbst auf die sich gegenseitig ergänzenden Stellen hinweisen. Statt diese Stellen anzuführen, begnügt sich der Entwurf z. B. in den §§ 4, 5, 8, 19 u. s. w. auf andere Bestimmungen des Entwurfes Bezug zu nehmen, ohne daß diese anderen Paragraphen angegeben sind. So muß beim Gebrauche, nachdem die erste Stelle glücklich gefunden ist, ein neues Suchen nach denjenigen Stellen beginnen, welche der Gesetzgeber bei dieser Verweisung möglicher Weise gemeint haben kann.

Die fehlenden Marginalien würden aber den Gebrauch sehr erleichtern. Die Ueberschriften der einzelnen Titel geben zwar im Allgemeinen deren Inhalt an, aber in den einzelnen Titeln finden sich doch ganz verschiedenartige Vorschriften, welche sich sehr gut unter gemeinschaftliche Rubriken bringen und durch Randbemerkungen ersichtlich machen lassen. Dies erspart dem Suchenden das Durchlesen der einzelnen Paragraphen.

Der Gesetzgeber sollte sich um so weniger diese kleine Mühe verdrießen lassen, als bei der jetzigen Fluth von neuen sich über uns ergießenden Gesetzen es nur zu leicht vorkommen kann, daß das Gedächtniß des Rechtskundigen nicht ausreicht. Er findet im Drange der Geschäfte nicht gleich alle die im Zusammenhange stehenden Vorschriften, und macht so Fehlgriffe, weil ihm der Gesetzgeber die so leicht zu gewährende Hülfe versagt.

Wenden wir uns nun zu den

wesentlichsten Abänderungen

der Preuß. Konkursordnung im Entwurfe, so finden wir in materieller Beziehung

1. Die ziemlich kasuistischen Vorschriften der Preuß. Konkursordnung über die Anfechtung der vor der Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen sind im 3. Titel des 1. Buches des Entwurfes durch allgemeinere Rechtsgrundsätze ersetzt.

2. Das Vorrecht, welches die Preuß. Konkursordnung gewissen Forderungen des Fiskus und öffentlicher Korporationen, den Begräbniß- und Medizinalkosten, sowie den Defekten an öffentlichen Geldern zugesteht, fällt nach dem Entwurfe ganz fort.

3. Nach § 66 des Entwurfes kann ein Gläubiger, welcher ein

Recht auf abgesonderte Befriedigung beansprucht, die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, gegen die Gemeinmasse nur zu dem Betrage geltend machen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei letzterer ausgefallen ist.

Nach §§ 247 u. 48 der Preuß. Konkursordnung können dagegen die Pfandgläubiger ihre Forderung mit ihrem ganzen Betrage zugleich zur Konkursmasse anmelden. So oft aus dieser eine Vertheilung stattfindet, nimmt der Pfandgläubiger mit seiner ganzen Forderung Theil. Der Antheil wird entweder zurückbehalten, bis sein Ausfall bei der Sondermasse feststeht, oder es wird ihm sein Antheil ausgezahlt und demnächst aus der Sondermasse dasjenige zur Gemeinmasse erstattet, was der Gläubiger aus der Sondermasse mehr zu erhalten haben würde. Die Motive tadeln Bd. I S. 354 diese Vorschrift mit Recht, weil sie die Vertheilung der Gemeinmasse äußerst erschwert und in die Länge zieht. Sie bewirkt, daß mit der Vornahme der Vertheilungen möglichst gewartet wird, bis die Sondermasse vertheilt ist. Sie steht, wie die Motive ferner hervorheben, aber auch im Widerspruche damit, daß nach dem Preußischen, Französischen, Römischen und Deutschen Rechte der Schuldner das Recht habe, den Pfandgläubiger zunächst an das Pfand zu verweisen. Die Gemeinmasse hafte doch nur für den Ausfall. Wenn schon der Gemeinschuldner berechtigt ist, die Pfandgläubiger zunächst an das Pfand zu verweisen, um wie viel mehr müßte die Berechtigung dazu den Gemeingläubigern zuerkannt werden. Insbesondere muß nach § 47 I 20 A.L.-R. der Gläubiger seinem Pfandrechte entsagen, wenn er sich wegen seines persönlichen Anspruches an das übrige Vermögen seines Schuldners halten will. (Vergl. Bedenken IX).

Wie diese materielle Vorschrift des Entwurfes wesentlich zur Vereinfachung, Beschleunigung und Abkürzung des Verfahrens dient, so finden sich in dem formellen Theile des Entwurfes noch folgende dahin zielende Verbesserungen:

4. Indem der Entwurf die Scheidung der Verwaltung in eine einstweilige und eine definitive abschafft, beseitigt er eine überflüssige Schwerfälligkeit, welche die Herstellung einer theilbaren Masse im preußischen Konkurse unnütz verzögert.

5. Der Entwurf kennt nur eine einzige Frist zur Anmeldung der Gläubiger, wogegen nach § 166 der Preuß. Konkursordnung

noch ein zweiter Anmeldungstermin angesetzt werden soll, wenn anzunehmen ist, daß ausländische Gläubiger vorhanden sind.

6. Nach § 72 des Entwurfes werden wiederkehrende Hebungen kapitalisirt und gleich befriedigt, während nach § 251 der Preuß. Konkursordnung die Hebungen aus einem zu dem Zwecke zurückbehaltenen Kapitale auch nach Beendigung des Konkurses fortbezahlt werden. (Vergl. jedoch Bedenken XI).

7. § 149 des Entwurfes schreibt vor, daß nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermines, so bald und so oft hinreichende Masse vorhanden ist, eine vorläufige Vertheilung an die Gemeingläubiger erfolgen soll, § 239 der Preuß. Konkursordnung läßt solche vorläufige Vertheilungen nur zu.

8. § 324 der Preuß. Konkursordnung verbietet die Eröffnung des gemeinen Konkurses über einen Nachlaß während der Ueberlegungsfrist des Erben, der § 101 des Entwurfes läßt die Eröffnung aber auch innerhalb der Ueberlegungsfrist zu, weil die Ueberlegungsfrist dem Erben nur gewährt werde, damit er nicht zu ihm nachtheiligen Verfügungen über den Nachlaß gedrängt werde. Diese Gefahr laufe der Erbe aber nur, wenn ihn einzelne Gläubiger des Nachlasses bedrängen, keineswegs wenn der ganze Nachlaß unter alle Gläubiger vertheilt werden solle.

Außer diesen zur Beschleunigung des Verfahrens dienenden Abänderungen sind noch als erhebliche Verbesserungen der Preuß. Konkursordnung hervorzuheben:

9. Nach § 76 des Entwurfes soll der vom Gericht ernannte Verwalter der Masse eine vom Gerichte zu bestimmende Sicherheit bestellen, sofern er nicht vermöge eines Amtes öffentlichen Glauben hat.

10. Während nach § 133 der Preuß. Konkursordnung der Verwalter auf Antrag oder von Amtswegen entlassen werden kann, nachdem der Verwalter in nicht öffentlicher Sitzung gehört worden ist, erklärt § 82 des Entwurfes das Gericht für befugt, gegen den Verwalter Ordnungsstrafen bis 200 Mark festzusetzen und denselben auf Antrag der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu entlassen.

Die Motive begründen Bd. II S. 14 diese Erweiterung der Befugnisse des Gerichtes damit,

11. daß nach dem Entwurfe der Verwalter vom Gerichte nach dessen freiem Ermessen ernannt wird, während dasselbe nach § 213 der Preuß. Konkursordnung an die Vorschläge der Gläubiger gebunden ist.

12. Nach §§ 85 und 86 des Entwurfes wird in jedem Gemeinschuldverfahren ein Gläubigerausschuß von mindestens 3 Mitgliedern aus der Zahl der Gemeingläubiger gewählt, welcher den Verwalter bei seiner Geschäftsführung unterstützen und von derselben Einsicht zu nehmen hat.

Im preußischen Konkurse sind dagegen die Gläubiger während der einstweiligen Verwaltung und bis zur endgültigen Erledigung des Akkordverfahrens dem Verwalter gegenüber ganz unvertreten, der Verwalter steht so lange nur unter Aufsicht des Gerichtes. Erst bei der Ernennung des definitiven Verwalters kann auf Antrag und Vorschlag der Gläubiger ein Verwaltungsrath bestellt werden, welcher indeß auf die Mitwirkung bei wenigen bestimmten Verwaltungs- und Vertheilungshandlungen (§ 212 ffg., 217, 222 u. 223) beschränkt ist. Nicht einmal das Aufsichtsrecht des Gerichtskommissars geht auf diesen Verwaltungsrath über.

13. Die vielbesprochene Frage: ob das Gemeinschuldverfahren nur auf Antrag oder auch vom Gerichte von Amtswegen zu eröffnen sei, beantwortet die Preuß. Konkursordnung für den gemeinen Konkurs verneinend, wogegen sie für den kaufmännischen Konkurs im Interesse der entfernt wohnenden Gläubiger in abgeschwächter Weise bejaht wird (§§ 118, 281, 287, 321).

Der Entwurf, § 99, bestimmt, daß ein Gemeinschuldverfahren nur auf Antrag eröffnet werden kann. Die Motive Bd. II S. 31 begründen dies damit, daß es Sache aller Gläubiger, auch der entfernt wohnenden, sei, sich um die Vermögenslage ihrer Schuldner zu bekümmern. Wer in dieser Hinsicht die nöthige Vorsicht vernachlässige und in Betreibung seiner Forderung säumig sei, könne daraus kein Recht ableiten, daß der Staat in bevormundender Sorge für ihn eintrete. Am allerwenigsten sei ein solcher Anspruch ausländischen Gläubigern einzuräumen, welchem in der Regel nicht ohne Verletzung der Interessen anderer Gläubiger genügt werden könnte.

14. Die Preuß. Konkursordnung (§ 331) versagt für den gemeinen Konkurs dem Gemeinschuldner und seinen Erben das Recht, die Eröffnung desselben zu beantragen, weil der Gemeinschuldner sich

zwar den Konkurszustand gefallen lassen müsse, aber kein Recht habe, denselben seinen Gläubigern aufzudringen.

Nach § 99 des Entwurfes sind zu dem Antrage auch der Gemeinschuldner sowie der Vertreter eines Nachlasses befugt. Diese Aenderung wird § 33 Bd. II der Motive damit gerechtfertigt, daß die Konkurseröffnung ihrem Zwecke nach für die Gesammtheit der Gläubiger eine Wohlthat sein solle. Der Gemeinschuldner habe die moralische Verpflichtung, seine Gläubiger gleichmäßig zu befriedigen und zu verhindern, daß Einzelne vollständige Zahlung erhalten, Andere leer ausgehen. Sollen die Gemeinschuldner dieser Verpflichtung genügen, so müsse ihnen gestattet sein, im Falle ihrer Ueberschuldung auf den Konkurs anzutragen.

15. Die Preuß. Konkursordnung legt der Zahlungseinstellung in Beziehung auf die Anfechtbarkeit der vor der Konkurseröffnung vorgenommenen Rechtshandlungen nur im kaufmännischen Konkurse besondere Wirkungen bei, weil die Zahlungseinstellung ein spezifisch kaufmännischer, ausschließlich in dem Handelsverkehr begründeter Begriff sei.

Der Entwurf legt diese Wirkung jeder Zahlungseinstellung bei, denn der Begriff der Zahlungseinstellung sei überall denkbar, wo sich der Begriff der laufenden Zahlungen findet. Der Stand und die Person des Schuldners sei nicht entscheidend. Bd. II S. 41 der Motive.

In der That lehrt die Erfahrung, daß dieser von der Preuß. Konkursordnung gemachte Unterschied ungerechtfertigt ist. Schon oft haben sich die Gläubiger gegen die Eröffnung des gemeinen Konkurses beschwert und die Eröffnung des kaufmännischen Konkurses beantragt, weil ihnen durch die Eröffnung des gemeinen Konkurses die Feststellung einer früheren Zahlungseinstellung zum Zwecke der Anfechtung früherer Rechtshandlungen des Gemeinschuldners abgeschnitten war.

16. Nach § 122 der Preuß. Konkursordnung soll das Gericht bei Eröffnung des kaufmännischen Konkurses allemal zugleich den Tag des Eintrittes der Zahlungseinstellung festsetzen. Man hielt dies für nothwendig, um die Möglichkeit abweichender Entscheidungen in den vor verschiedenen Gerichten zu verhandelnden Anfechtungsprozessen auszuschließen, und erachtete das Konkursgericht für allein befähigt, die Sachlage vollständig zu übersehen.

Der Entwurf enthält diese Vorschrift nicht, weil Bd. II. S. 56

der Motive) der Tag der Eröffnung zu dieser Feststellung noch nicht geeignet sei, die ganze Sachlage gehörig zu übersehen. Auch das Konkursgericht solle seiner Entscheidung nur die ihm von den Betheiligten vorgetragenen Thatsachen zu Grunde legen. Fiele in den einzelnen Prozessen die Entscheidung auch nicht gleichmäßig aus, so sei dies, wie die Motive des sächs. Entwurfes zu § 108 richtig bemerkten, weniger zu beklagen, als ein Sieg des rein formalen Rechtes über das materielle.

17. Nach § 104 des Entwurfes muß das Gericht zur Entscheidung über den Antrag auf Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens einen Termin zur mündlichen Verhandlung ansetzen.

Die Preuß. Konkursordnung, §§ 118 u. 119, weist das Gericht an, die Eröffnung des Konkurses durch einen in berathender Sitzung gefaßten motivirten Beschluß auszusprechen. Es ist ganz seinem Ermessen anheimgestellt, ob es zuvor noch Ermittelungen durch Vernehmung des Gemeinschuldners oder in anderer Weise die Sachlage feststellen will.

Die Motive, Bd. II S. 46, tadeln mit Recht diese bedrohliche Leichtigkeit der Eröffnung eines so tief eingreifenden Verfahrens. Oft sei deshalb in der Praxis die Eröffnung des Konkurses ohne gerichtliche Anhörung des Schuldners und des Antragstellers beschlossen, so daß in einigen Fällen das Erkenntniß auf Wiederaufhebung des zu Unrecht eröffneten Konkurses erst dann vollstreckbar geworden sei, als die Masse bereits völlig versilbert und vertheilt war.

18. Die §§ 266, 267 u. 57 der Preuß. Konkursordnung schreiben die Anlegung einer besonderen Revenuenmasse vor, wohin die Einkünfte der Immobilien fließen sollen, um sie demnächst unter Realgläubiger zu vertheilen.

Der Entwurf weiß hiervon nichts, weil diese Vorschrift nicht im Einklange stehe mit den in dieser Beziehung von einander abweichenden Grundsätzen der verschiedenen Pfandrechtssysteme, und auf der mit der strengen Durchführung des Separationsrechtes der Pfandgläubiger unvereinbaren Voraussetzung beruhe, daß die Konkurseröffnung auch zu Gunsten der Realgläubiger eine Beschlagnahme der ihnen verhafteten Vermögensstücke bewirkt habe. (Motive Bd. I. S. 250 folg.)

19. Die Preuß. Konkursordnung, §. 241 ffg., verpflichtet den Kommissar des Gerichtes, den Vertheilungsplan zu ent-

werfen, die Betheiligten über denselben zu vernehmen und dann die Masse zu vertheilen.

Der Entwurf legt in § 151 die Vertheilungen ganz in die Hände des Verwalters und des Gläubigerausschusses, was zur Vereinfachung und Abkürzung des Verfahrens dient.

20. Nach § 255 der Preuß. Konkursordnung werden endlich bei der Vertheilung die streitigen Forderungen nach ihrem vollen Betrage berücksichtigt, sobald der Gläubiger den Prozeß deshalb angestellt hat, sein Antheil wird aber vorläufig zurückbehalten.

Die Motive, Bd. II S. 112, erachten dies nicht für hinreichend, um das Interesse der anerkannten Gläubiger bei der Vertheilung zu sichern. Vielmehr soll das Gericht nach § 142 des Entwurfes bei streitigen Forderungen im Prüfungstermine feststellen, mit welchem Betrage die streitige Forderung vorläufig zugelassen werden soll. Nur mit diesem Betrage wird sie nach § 152 des Entwurfes bei der Vertheilung vorläufig berücksichtigt.

Wir wenden uns nun zu den Vorschriften des Entwurfes welche zu

Bedenken

Veranlassung geben. Dabei kommen auch noch manche wesentliche Abänderungen der Preuß. Konkursordnung zur Erörterung.

I. Was die Ansprüche auf Herausgabe von Sachen aus der Gemeinmasse und auf abgesonderte Befriedignng aus einzelnen zur Gemeinmasse gehörigen Sachen angeht, von welchen im Entwurf die Titel 4. und 5. des 1. Buches handeln, so schweigt der Entwurf darüber, wie dieselben geltend gemacht werden sollen, während §. 30. der Preuß. Konkursordnung bestimmt:

> Das Rückforderungsrecht wird in allen Fällen unabhängig von dem Konkursverfahren gegen den Verwalter der Masse geltend gemacht.

Die Motive des Entwurfes erklären freilich Bd. 1. S. 201. diese Bestimmung für überflüssig, weil die formellen Vorschriften über das das Gemeinschuldverfahren, in's besondere über die Feststellung der Schuldenmasse sich nur auf die Gemeingläubiger beziehen. Sie nehmen an daß die Vindikanten vom Konkurs unberührt bleiben, und diese Ansprüche den Fristen des Gemeinschuldverfahrens nicht unterliegen.

Indeß werden nicht blos die Gemeingläubiger, sondern alle Gläubiger des Gemeinschuldners von der Eröffnung des Konkurses

betroffen, weil sie ihre Ansprüche bei Verlust derselben nach §. 117 und 152 des Entwurfes bei dem Verwalter erheben sollen.

Der Entwurf spricht somit nur ganz verloren gelegentlich der Vertheilung von dem Verlust dieser Ansprüche, ohne im Allgemeinen den Weg bestimmt anzugeben, auf welchem dieselben zur Geltung gebracht werden müssen.

Deshalb dürfte dem §. 4. des Entwurfs hinzuzufügen sein:

Die Ansprüche auf Herausgabe von Sachen (Tit. 4.) und auf abgesonderte Befriedigung aus einzelnen zur Gemeinmasse gehörigen Sachen (Tit. 5.) sind unabhängig von dem Gemeinschuldverfahren gegen den Verwalter der Masse geltend zu machen. (§. 117 und 118 Vergl. Bedenken XXVII).

II. Der Entwurf beantwortet die Frage nicht, inwieweit die Geschäfte zu Recht bestehen, welche ein Bevollmächtigter des Gemeinschuldners auf Grund einer ihm vor Eröffnung des Konkurses ertheilten Vollmacht nach der Eröffnung abgeschlossen hat. Die Motive sagen hierüber Bd. 1 S. 50 folg.:

„Die Baierische Prozeßordnung Art. 1211 macht die Verbindlichkeit der von dem Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten eines kaufmännischen Gemeinschuldeners abgeschlossenen Geschäftes in der Weise des Art. 46 des Handelsgesetzbuchs von der Bekanntmachung des Ganterkenntnisses durch die zur Veröffentlichung der Eintragung in das Handelsregister bestimmten Blätter abhängig und der Entwurf einer Hessischen Prozeßordnung beurtheilt, ähnlich wie §. 37. I. 50. der Preuß. Allg. Gerichtsordnung die Rechtshandlungen besonderer Verwalter von auswärtigen Vermögenstheilen, so lange ihnen die Vermögensbeschlagnahme nicht bekannt gemacht ist, so, als ob die Handlungen vor Erlaß des Ganterkenntnisses erfolgt seien (Art. 822). Die meisten Gesetzgebungen aber enthalten sich einer derartigen kasuistischen Entscheidung. Der Fall muß, wenn nicht noch andere ebenso wichtige Fälle zum Gegenstande gesetzlicher Bestimmung gemacht werden sollen, durch die Theorie und Praxis erledigt werden. Eine Entscheidung durch das Gesetz wird um so weniger zu treffen sein, als die einzelnen bürgerlichen Rechte in der Beurtheilung der Frage, ob die nach dem Erlöschen des Auftrages von dem Beauftragten mit einem Dritten vorgenommenen Rechtshandlungen den Auftraggeber verpflichten, miteinander nicht übereinstimmen, indem die einen überwiegend auf den guten Glauben des Dritten, die anderen auf den des Beauftragten sehen."

Indeß macht es sich der Gesetzgeber zu leicht, wenn er die Entscheidung dieser so zweifelhaften Frage der Theorie und Praxis überweist. Diese Zweifel sind auch in der Sache begründet, wie daraus erhellt, daß die verschiedenen Gesetze in Beantwortung dieser Frage so sehr von einander abweichen. Bleibt es bei dieser Lücke des Entwurfes, so mußte dann die Frage nach den einzelnen in Deutschland geltenden Landesgesetzen entschieden werden. Dies würde die Folge haben, daß im Bereiche des Preuß. A. L. Rs. nach § 200 I. 13 die Geschäfte, welche der Bevollmächtigte des Gemeinschuldeners mit einem Dritten abgeschlossen hat, ehe dieser von der Konkurseröffnung Kenntniß erhalten hat, gültig bleiben, wenn auch dem Bevollmächtigten selbst die Konkurseröffnung bekannt war.

Für den Bereich des K. Sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches würde es an jeder Entscheidungsnorm fehlen, weil dies Gesetzbuch weder im Allgemeinen bestimmt, daß ein ertheilter Auftrag durch eintretende Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers erlöscht, noch im Besonderen der Wirkung des Konkurses auf einen ertheilten Auftrag gedenkt, die Regelung dieser Frage also der Konkursordnung überläßt.

Dagegen erlöschen nach Artikel 2003. des Code civil und des Badischen Landrechtes die vom Gemeinschuldner ertheilten Aufträge durch die Konkurseröffnung. Das Fortbestehen dieser Verschiedenheit und der Lücke in den Deutschen Landesgesetzen ist aber gewiß nicht wünschenswerth.

So gut der Entwurf in den §§. 20--24. die Wirkung der Konkurseröffnung in Beziehung auf vorher geschlossene Kauf- und Lieferungs-, Pacht- und Miethsverträge und ein unangetretenes Dienstverhältniß festsetzt, so bedingt auch die Eigenthümlichkeit des Vollmachtsvertrages eine besondere gesetzliche Regelung und eine Beantwortung der Frage: ob und inwieweit die öffentliche Bekanntmachung des eingeleiteten Konkurses dem Dritten entgegensteht, welcher mit einem Bevollmächtigten des Gemeinschuldeners ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat.

Erwägt man aber, daß der Entwurf allen denjenigen gegenüber, welche sich mit dem Gemeinschuldner selbst nach der Eröffnung des Konkurses in Geschäfte einlassen, annimmt, daß sie von der Konkurseröffnung Kenntniß haben, so muß er folgerichtig diese Kenntniß auch bei demjenigen voraussetzen, welcher mit dem Bevollmächtigten des Gemeinschuldeners ein Geschäft abschließt.

Deshalb dürfte dem §. 8 des Entwurfes, welcher lautet:

Für die Dauer des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner die Befugniß, sein zur Gemeinmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen,

auch in Uebereinstimmung mit §. 1024 des Oesterreichischen bürg. Gesetzbuches noch hinzuzufügen sein:

Auch verlieren mit der öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens die vom Gemeinschuldner ertheilten Vollmachten ihre rechtliche Wirkung.

III. Die §. 12 und 13 des Entwurfes lauten:

§. 12. Rechtsstreitigkeiten über das zur Gemeinmasse gehörige Vermögen, welche zur Zeit des Verfahrens für den Gemeinschuldner schweben, können in der Lage, in welcher sie sich befinden, vom Gemeinverwalter aufgenommen werden.

§. 13. Die Bestimmung des vorstehenden §. gilt auch für Rechtsstreitigkeiten, welche gegen den Gemeinschuldner anhängig und auf Herausgabe eines Gegenstandes aus der Gemeinmasse, oder auf abgesonderte Befriedigunng aus einem Theile derselben gerichtet sind, oder einen Anspruch betreffen, welcher als Masseschuld zu erachten ist. Nimmt der Gemeinverwalter einen solchen Anspruch nicht auf, so gilt der Anspruch für anerkannt.

Indeß läßt die Fassung des §. 12. nicht leicht erkennen, daß er im Gegensatz zu §. 13. diejenigen Rechtsstreitigkeiten betrifft, in welcher der Gemeinschuldner als Kläger auftritt, denn auch die Rechtsstreitigkeiten in welchen der Gemeinschuldner verklagt ist, schweben für ihn. Deshalb dürfte für die Worte:

„Welche zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens für den Gemeinschuldner schweben",

zu setzen sein:

„in welchen der Gemeinschuldner Ansprüche für sich geltend macht."

Es frägt sich ferner, wie es zu halten ist, wenn der Verwalter Bedenken trägt den Anspruch zu verfolgen, während der Gemeinschuldner oder ein Gemeingläubiger dazu bereit ist.

Nach Analogie des §. 36 des Entwurfes, welcher lautet:

Das Anfechtungsrecht wird vom Gemeinverwalter ausgeübt.

Uebt er dieses nicht aus, so steht dasselbe jedem Gemeingläubiger zu. Das von ihm Erstrittene fließt zur Gemeinmasse; aus demselben sind die Prozeßkosten dem Gläubiger zu erstatten.

dürfte dem §. 12 des Entwurfes noch hinzuzufügen sein:

Weigert sich der Verwalter den Rechtsstreit für die Gemeinmasse fortzuführen, so steht diese Befugniß dem Gemeinschuldner oder jedem Gemeingläubiger zu. Das demnächst Erstrittene fließt zur Gemeinmasse; aus demselben sind die Prozeßkosten demjenigen zu erstatten, welcher den Prozeß zu Ende geführt hat.

Besonders erhebliche Bedenken erregen die §§. 27—31 des Entwurfes welche die Anfechtung der vor Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen betreffen. Es lauten im Entwurfe:

§. 27. Folgende Rechtshandlungen, welche vor der Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens vorgenommen sind, können im Wege der Klage und der Einrede als unwirksam den Gemeingläubigern gegenüber angefochten werden.

§. 28. Alle Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, alle Leistungen desselben an einen Gemeingläubiger, auch wenn sie im Wege der Zwangsvollstreckung geschehen sind, so wie alle Leistungen, welche ein Schuldner an ihn auf eine von den Wirkungen des Gemeinschuldverfahrens nicht ausgeschlossene Verbindlichkeit ohne Zwangsvollstreckung vorgenommen hat — wenn dem anderen Theile beim Abschlusse des Geschäfts, beim Empfange oder der Vornahme der Leistung bekannt war, daß bereits der Gemeinschuldner seine Zahlungen eingestellt hatte, oder die Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens beantragt war.

§. 29. Alle nach der Zahlungseinstellung vor dem Eröffnungsantrage oder in den letzten 10 Tagen vorher erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Gemeingläubiger eine Sicherung oder eine Befriedigung gewähren, die er nicht zu beanspruchen hatte — sofern derselbe nicht Thatsachen nachweist, aus denen hervorgeht, daß er zur Zeit der Handlung von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage oder von

einer Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, keine Kenntniß gehabt hatte.

Zu §. 28 und 29 des Entwurfes:

IV. Zunächst ist es schwer nach der Fassung der §§. 28 und 29 den Unterschied der Fälle zu erkennen, welche unter den einen oder den anderer §. gehören. Erst aus den Motiven ergiebt sich, daß §. 28 diejenigen Rechtshandlungen und Leistungen betreffen soll, welche auf einer Verpflichtung des Gemeinschuldners beruhen, wogegen in §. 29 von denjenigen Rechtshandlungen die Rede ist, welche dem Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, welche er nicht zu beanspruchen hatte.

Deshalb dürfte in §. 28 an Stelle der Worte:

„alle Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, alle Leistungen desselben an einen Gemeingläubiger"

zu setzen sein;

„Alle Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, so wie alle zur Erfüllung einer eingetretenen Verpflichtung dienenden Leistungen desselben an einen Gemeingläubiger."

V. Sehr bedenklich ist aber die Bestimmung in §. 28, daß auch die dem Gemeinschuldner durch Zwangsvollstreckung abgedrungene Zahlung anfechtar sein soll, wenn der Gläubiger zur Zeit der Zahlung von der Zahlungseinstellung des Zahlenden Kenntniß hatte. Denn in diesem Falle ist die verspätete Zahlung nur die Folge der früheren unbegründeten Weigerung des Schuldners.

Zwar bestimmt auch §. 104 der Preuß. Konkursordnung: die Anfechtung einer Rechtshandlung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß derselben ein vollstreckbarer Vergleich oder ein anderer vollstreckbarer Titel hinzugetreten ist. Zu den anfechtbaren Rechtshandlungen gehört aber nicht die Zahlung einer fälligen Schuld, wie dies der §. 101 der Preuß. Konkursordnung ergiebt, wonach solche in der Regel nicht anfechtbar sein soll.

Diese Bestimmung des §. 28 steht aber auch mit dem §. 48. des Entwurfes im Widerspruch. Nach dem §. 625 des Entwurfes der Deutschen Civilprozeßordnung giebt nämlich die Abpfändung im Wege der Zwangsvollstreckung dem Gläubiger ein Pfandrecht, auf Grund dessen er nach §. 48 des vorliegenden Entwurfes abgesonderte Befriedigung aus den abgepfändeten Sachen beanspruchen kann. Diese

vom Gerichtsvollzieher vorgenommene Abpfändung ist aber keine Rechtshandlung des Gemeinschuldners, sie ist also nach dem §. 28 des Entwurfes nicht anfechtbar. Die Vorschrift des §. 28 würde also dahin führen, daß der Gläubiger, welcher im Wege der Zwangsvollstreckung durch baare Zahlung befriedigt ist, das baar erhaltene zur Gemeinmasse herausgeben muß, wogegen das durch Abpfändung von Sachen des Gemeinschuldners erworbene Pfandrecht nicht angefochten werden kann.

Nur das ist richtig, daß eine an sich anfechtbare Rechtshandlung durch das Hinzutreten eines vollstreckbaren Titels nicht der Anfechtung entzogen wird, wie dies in §. 34 des Entwurfes gesagt wird. Die Zahlung aber, welche der Gemeinschuldner im Wege der Zwangsvollstreckung auf Grund eines nicht anfechtbaren Geschäftes geleistet hat, kann als solche nicht angefochten werden.

Sonach dürfte der §. 28 zu dahin fassen sein:

> Alle Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, jede Leistung desselben aus einem solchen Rechtsgeschäfte, so wie jede andere zur Erfüllung einer eingetretenen Verpflichtung dienende Leistung, wenn der Gemeinschuldner diese Leistungen ohne Zwangsvollstreckung gewährt hat, sowie alle Leistungen, welche ein Schuldner u. s. w. wie im Entwurf.

VI. §. 31. des Entwurfes lautet im ersten Absatz:

Ohne Beschränkung auf einen bestimmten Zeitraum sind anfechtbar:

> 1. Rechtshandlungen welche der Gemeinschuldner in der der anderen Theile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachtheiligen, innerhalb oder außerhalb eines Prozeßes vorgenommen hat.

Diese Vorschrift entspricht dem ersten Absatz im §. 103 der Preuß. Konkursordnung, welcher für anfechtbar erklärt:

> alle Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der, dem anderen Theile bekannten Absicht vorgenommen hat, sie nur zum Schein vorzunehmen, oder die Gläubiger auf andere Weise zu bevortheilen.

Der Entwurf setzt also an Stelle des Wortes „bevortheilen" das Wort „benachtheiligen". Doch passen beide Worte nicht, denn in der Regel sucht jeder Kontrahent bei einem Vertrage Vortheil und sein Vortheil ist der Nachtheil des Anderen. So trifft jeder Nachtheil des

späteren Gemeinschuldners seine Gläubiger. Diese gewöhnlichen Geschäftsnachtheile hat das Gesetz offenbar nicht im Auge. Es will nur diejenigen Rechtshandlungen für unbedingt anfechtbar erklären, welche geschlossen sind, um die Befriedigung der Gläubiger zu vereiteln.

VII. Daß der Entwurf nicht wie die Preuß. Konkursordnung die Scheingeschäfte erwähnt, das rechtfertigen die Motive S. 174. Bd. I. damit, daß eine Simulation die Handlung nach allen bürgerlichen Rechten schon an sich ungültig mache. Es bedürfe deshalb nicht einer Anfechtung aus dem Rechte der Gläubiger. Diese Anfechtung würde streng genommen ohne Gegenstand sein.

Indeß ist der Satz der Motive nicht richtig, daß die Simulation das zum Scheine abgeschlossene Rechtsgeschäft ungültig macht, vielmehr bleibt das durch die Simulation verdeckte, eigentlich aber gewollte Rechtsgeschäft gültig, nur das zum Schein vorgeschützte Geschäft gilt nicht. (Förster, Theorie und Praxis § 32.) Es rechtfertigt sich aber wohl, auch das verdeckte Geschäft im Interesse der Gläubiger des Gemeinschulders für anfechtbar zu erklären, da die Simulation an sich beweist, daß die beiden Simulanten die Wahrheit scheuten und einen falschen Schein erregten, um das eigentlich gewollte Geschäft zu verheimlichen.

Ueberdies nimmt aber z. B. das Reichs-Oberhandelsgericht (Bd. VI S. 57 der Entscheidungen) an, daß ein simulirtes Prokura-Indossament um deshalb, weil es in der Form eines vollen Indossamentes ausgestellt worden, den Indossatar, welcher den Wechsel eigentlich nur zum Zwecke der Einkassirung erhalte, zum vollen Eigenthümer des Wechsels mache, und deshalb, ungeachtet der Simulation, als volles Indossament Geltung habe.

VIII. Die Bestimmung in § 103 Nr. 5 der Preuß. Konkursordnung, wonach

> Quittungen, Anerkenntnisse oder Zugeständnisse, welche der Gemeinschuldner seinem Ehegatten gegenüber vor oder nach geschlossener Ehe ausdrücklich oder stillschweigend, insbesondere im Kontumazialverfahren abgegeben hat, sofern nicht die Richtigkeit der Quittung, des Anerkenntnisses oder Zugeständnisses oder der im Kontumazialverfahren festgestellten Umstände anderweit nachgewiesen wird,

ohne Beschränkung auf einen bestimmten Zeitraum der Anfechtung unterliegen, hat der Entwurf nach Bd. I S. 177 der Motive um des-

halb fortgelassen, weil die Gläubiger nicht Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners seien. Deshalb hätten die von ihm ausgestellten Urkunden gegen sie an und für sich keine verbindliche Kraft. Insofern man aber dem Richter verbieten wollte, auf die vorliegende Urkunde bei Beurtheilung des wahren Sachverhältnisses irgend welche Rücksicht zu nehmen, würde man, über das Bedürfniß hinausgehend, gegen die freie Beweistheorie verstoßen.

Indeß ist zunächst der Satz nicht richtig, daß die vom Gemeinschuldner ausgestellten Urkunden für die Gemeingläubiger keine verbindliche Kraft haben. Die Gemeingläubiger sind insofern allerdings Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners, als sie die vor Eröffnung des Konkurses getroffenen Verfügungen gegen sich gelten lassen müssen, wenn sie nicht aus den besonderen Gründen, welche der Entwurf Tit. 3 des 1. Buches angiebt, der Anfechtung unterliegen. Deshalb behalten die vom Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkurses ausgestellten Schuldscheine auch den Gemeingläubigern gegenüber ihre verbindliche Kraft.

Ebenso wenig verstößt aber die Vorschrift in § 103 Nr. 5 der Preuß. Konkursordnung gegen die freie Beweistheorie. Diese Vorschrift ist sogar den Bestimmungen des Entwurfes der D. Civilprozeßordnung gegenüber durchaus nothwendig, denn dieser Entwurf bestimmt

§ 350:

Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentl. Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsbehörde abgegebene Erklärung abgegeben sind, vollen Beweis der beurkundeten Vorgänge.

Der Beweis der Unrichtigkeit ist zulässig.

§ 351:

Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis der nach ihrem Inhalte von den Ausstellern abgegebenen Erklärung.

Enthält somit die Gemeinschuldordnung keine dem § 103 Nr. 5 der Preuß. Konkursordnung entsprechende Bestimmung, so würden auch

die Quittungen und Schuldscheine, welche der Gemeinschuldner zu Gunsten seines Ehegatten ausgestellt hat, vollen Beweis machen. Mithin würde dies dahin führen, daß das freie Ermessen des Richters über die Beweiskraft solcher Urkunden nicht zu entscheiden hätte.

IX. § 66 des Entwurfes lautet:

Ein Gläubiger, welcher ein Recht auf abgesonderte Befriedigung beansprucht, kann die Forderung, wenn der Gemeinschuldner auch persönlich für sie haftet, gegen die Gemeinmasse nur zu dem Betrage geltend machen, zu welchem er auf abgesonderte Befriedigung verzichtet, oder mit welchem er bei letzterer ausgefallen ist.

Diese Vorschrift wird in den Motiven in Hinblick auf die Vorschriften des Englischen und Amerikanischen Rechtes, sowie damit gerechtfertigt, daß dem Gemeinschuldner selbst das Recht zusteht, den Pfandgläubiger wegen seiner Befriedigung zunächst an das Pfand zu verweisen, und daß aus der Gemeinmasse nur der Ersatz des erlittenen Ausfalles gefordert werden kann. Indeß steht doch dem Gemeinschuldner nicht das Recht zu, einen theilweisen Verzicht auf das persönliche Recht zu verlangen, bevor noch der Betrag des Ausfalles feststeht.

Doch lassen sich die in den Motiven hervorgehobenen praktischen Uebelstände nicht leugnen, welche daraus entstehen, wenn die durch Pfand gesicherten Forderungen zu ihrem ganzen Betrage bei Vertheilung der Gemeinmasse berücksichtigt werden (vergl. oben Abänderung 3).

Dagegen ist es nöthig, dem zum Verzicht gezwungenen Pfandgläubiger zur schleunigsten Geltendmachung seines Pfandrechtes zu verhelfen.

Deshalb dürfte es sich empfehlen, dem § 66 noch die Bestimmung hinzuzufügen:

Ein Gläubiger, dessen Pfandrecht in das Grundbuch eingetragen ist, kann die Zwangsversteigerung des Pfandes wegen seiner eingetragenen Forderung beantragen, sobald über den in das Grundbuch eingetragenen Eigenthümer das Gemeinschuldverfahren eröffnet ist.

Den Verwalter kann man nicht wohl verpflichten, die Veräußerung des Grundstückes zu beantragen, da er dazu keine Veranlassung hat, wenn er glaubt, daß die Versteigerung keinen Ueberschuß für die Gemeinmasse ergeben wird. Vielmehr muß man zur Stellung dieses Antrages die Pfandgläubiger ermächtigen, ohne daß sie zu diesem

Zwecke erst einen kostspieligen und zeitraubenden Prozeß gegen den Gemeinschuldner oder den Verwalter anzustellen brauchen.

X. § 69 des Entwurfes lautet:

Forderungen unter aufschiebender Bedingung berechtigen nur zu dem Verlangen der Sicherstellung zum Zwecke einer Aufrechnung oder bei einer Vertheilung der Masse.

Die Sicherstellung kann verlangt werden, soweit der Gemeinschulder zu derselben verpflichtet gewesen wäre. Soweit dies nicht der Fall ist, bestimmt je nach der Wahrscheinlichkeit des Eintrittes der Bedingung das Gericht nach freiem Ermessen, ob und für welchen Betrag der Forderung die Sicherstellung erfolgen soll.

Nach § 250 Nr. 1 der Preuß. Konkursordnung soll dagegen bei einer aufschiebenden Bedingung bis zum Eintritte derselben der volle und höchste Betrag derselben angesetzt und der Antheil, welcher hiernach auf die Forderung fällt, als Spezialmasse in gerichtlicher Verwahrung zurückbehalten werden.

Diese letztere Vorschrift hat zwar das strenge Recht für sich, sie macht aber, wie die Motive Bd. 1 S. 365 hervorheben, durch die volle Zulassung der bedingten auch die unbedingten Forderungen, wegen zufälliger Konkurrenz mit bedingten, selbst zu bedingten, und die Befriedigung der unbedingten von den Bedingungen der letzteren Gläubiger abhängig. Ein Vorwurf, der doppelt schwer wiege, wenn die thatsächlichen Verhältnisse so liegen, daß es nicht nur möglich, sondern wahrscheinlich ist, daß die bedingte Forderung niemals zur Entstehung komme.

Von einer Abschätzung der Forderung nach ihrem jetzigen Werthe könne zwar nicht füglich die Rede sein, wohl aber lasse sich die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit ermessen, wo die Bedingung eintreffen wird, und danach lasse es sich wohl abwägen, ob es nöthig sein mag, die Forderung schon im Gemeinschuldverfahren sicher zu stellen.

Die Preuß. Konkursordnung bestimmt aber auch noch in § 86 Abs. 2:

Mitschuldner oder Bürgen des Gemeinschuldners können, insoweit als die Forderung noch unbezahlt ist, keinen Anspruch auf Ersatz der von ihnen für den Gemeinschuldner auf

die Forderung künftig noch zu leistenden Zahlungen liquidiren, vielmehr sind sie nur berechtigt, mittelst Befriedigung des Gläubigers in dessen Rechte gegen die Masse einzutreten.

Die Motive, Bd. I S. 368, bemerken hierzu: Das gemeine wie das Französische Recht gestatten dagegen dem Bürgen und Mitschuldner, auch bevor er dem Gläubiger gezahlt und noch bevor ihn dieser in Anspruch genommen hat, seine eventuelle Regreßforderung zu liquidiren.

In der That sei ein Grund, diese anders zu behandeln als die übrigen suspensiv bedingten Forderungen, nicht einzusehen. Grade für das Preuß. Recht, welches ausdrücklich Bürgen und Mitverpflichteten die Befugniß zuspricht, vom Haupt- oder Mitschuldner Sicherheit zu verlangen, falls er in Vermögensverfall geräth, sei ihr Ausschluß vom Konkurse am allerwenigsten gerechtfertigt. Es widerspreche dies den Bestimmungen in § 357 I. 14, § 449 I. 5 A.L.-R. und im Art. 29 der D. Wechselordnung.

Ihre Härte für den Verkehr liege auf der Hand. Fast regelmäßig seien bei Eröffnung des Konkurses Wechsel im Umlauf, von denen der Mitverpflichtete des Gemeinschuldners nicht wissen kann, in wessen Hand sie sich gegenwärtig befinden, und ob dereinst er aus ihnen in Anspruch genommen wird. Vor der häufig erst zu geraumer Frist eintretenden Verfallzeit sei er nicht im Stande, den Gläubiger zu befriedigen und dessen Rechte zu erwerben; der Gläubiger ist durch die Haftung Anderer gesichert und habe kein Interesse am Konkurse. Inzwischen schreite das Verfahren vorwärts, Vertheilungen fänden statt, dem Mitverpflichteten sei aber die Theilnahme an denselben abgeschnitten, Die Theorie sträube sich gegen die Vorschrift, die Praxis suche sich ihr zu entziehen.

Die Motive zur Preuß. Konkursordnung begründeten die Vorschrift dadurch, daß „der Gläubiger, solange seine Forderung noch unbezahlt sei, das Recht habe, sie zu liquidiren, es könne also nicht gleichzeitig ein eventueller Regreßanspruch wegen desselben Betrages gegen die Masse geltend gemacht werden."

Dabei werde aber übersehen, daß aus dem Liquidiren allein niemals der Masse ein Nachtheil erwachse und sich der Gläubiger sehr oft im Konkurse nicht melde. Die Oester Konkursordnung behalte daher in § 18 Abs. 2 den Mitschuldnern und Bürgen das Recht vor:

ihre Ansprüche in Ansehung der Zahlungen, die sie in Folge

ihrer Haftung etwa künftig treffen könnten, für den Fall anzumelden, daß die Forderung vom Gläubiger nicht geltend gemacht wird.

Indeß sei diese Vorsorge überflüssig. Werde vielmehr die angemeldete Regreßforderung wie jede andere bedingte Forderung behandelt, so könne der Bürge und Mitberechtigte vorläufig nur Sicherstellung verlangen. Melde sich aber der Gläubiger vor der Schlußvertheilung, so entscheide sich dadurch zugleich: ob für den Rückgriff die Bedingung eintrete oder fortfalle.

Eine zweite Härte der Preuß. Konkursordnung liege darin, daß neben der Befriedigung des Gläubigers eine Entschädigung des zahlenden Bürgen oder Mitschuldners aus der Masse für unstatthaft erklärt werde. Diese Auffassung entspringe dem Artikel 538 des code de commerce und 544 Abs. 2 des Fallimentsgesetzes, zeige sich auch im gemeinen Rechte. Die Auffassung sei aber einseitig.

Nach Römischem Rechte würde zwar die Mitverpflichtung an sich und die Bürgschaft unmittelbar nicht einen Rückgriff ohne die Abtretung der Rechte des Befriedigten zulassen. Das Deutsche, Französische (code civil 2029) und das Preuß. Recht (§ 338 I. 14 A. L.-R.) hätten den Rückgriff des Bürgen noch durch den Rechtssatz erweitert, daß auf ihn die Rechte des befriedigten Gläubigers ohne Cession übergehen.

Der Rückgriff könne aber auch über den Umfang der Forderung des Gläubigers begründet sein, nämlich für Zinsen, Kosten und Schäden, die dem Bürgen durch die Befriedigung des Gläubigers erwachsen sind (code civil 2028, A. L.-R. § 351 I. 14). Wenngleich der Gläubiger für seine Forderung aus der Gemeinmasse Befriedigung gesucht hat, müsse aus derselben dem Bürgen oder Mitschuldner für dessen Forderung aus dem Mandatsverhältnisse Schadloshaltung gewährt werden für das, was er in Folge dessen dem Gläubiger hat zahlen müssen. Dies erforderten alle Rechtssysteme, und selbst angesichts der §§ 86 u. 87 Abs. 3 der Preuß. Konkursordnung habe dies die Preuß. Judikatur in Bezug auf sogenannte Gefälligkeitswechsel angenommen. Weder in diesen noch in anderen derartigen Fällen dürfe man den Rückgriffsberechtigten „lediglich an einen Eintritt in die Rechte des Gläubigers mittels dessen Befriedigung“ verweisen.

Wir haben hier die Motive fast vollständig wiedergegeben, um beispielsweise zu zeigen, wie dieselben die einschlagenden heimischen und fremden Gesetze

sowie das praktische Bedürfniß berücksichtigen, indem sie die entscheidenden Gesichtspunkte kurz aber scharf hervorheben.

Nur darin vermögen wir den Motiven nicht beizustimmen, daß um dieser Gleichheit der Behandlung willen, welche für die Forderungen unter aufschiebender Bedingung und für die Regreßforderungen der Bürgen und Mitschuldner eintreten sollen, diese Regreßforderungen im Gesetze gar nicht erwähnt werden sollen. Denn diese Regreßforderungen fallen nicht so unbedingt unter den Begriff der Forderungen unter aufschiebender Bedingung, von denen § 69 des Entwurfes allein spricht.

Dafür spricht schon der Umstand, daß, wie auch die Motive ergaben, bisher die Gesetze diese beiden Arten von Forderungen unterschieden haben.

Aber auch die Theorie rechnet solche Regreßansprüche nicht zu den Forderungen unter aufschiebender Bedingung. Diese sind nur in dem Falle vorhanden, wenn die Forderung auf einer Willenserklärung beruht, welche zugleich eine aufschiebende Bedingung enthält.[1]) Der Regreß des Bürgen beruht aber auf keiner bedingten Willenserklärung des Schuldners, noch viel weniger liegt eine solche bedingte Willenserklärung des im Wege des Rückgriffs in Anspruch genommenen Mitschuldners vor. Vielmehr beruht dies Rückgriffsrecht auf besonderen gesetzlichen Vorschriften. Deshalb dürfte der § 69 dahin zu fassen sein:

> Forderungen unter aufschiebender Bedingung, sowie in Aussicht stehende Rückgriffsrechte berechtigen nur u. s. w. wie im Entwurfe.

XI. Die §§ 71 u. 72 des Entwurfes lauten:

> § 71. Forderungen, die nicht in Geld bestehen oder deren Geldbetrag unbestimmt oder ungewiß oder nicht nach der Reichsmünze festgesetzt ist, sind nach ihrem Schätzungswerthe in der Reichsmünze geltend zu machen.
>
> § 72. Wiederkehrende Hebungen zu einem bestimmten Betrage und von einer bestimmten Zeitdauer werden unter Berechnung der Zwischenzinsen (§ 67) durch Zusammenzählung der einzelnen Hebungen kapitalisirt.

[1]) v. Savigny, System Bd. III, S. 121.

Mit Recht verwerfen die Motive sowohl die Vorschrift in § 62 der Preuß. Konkursordnung, daß fortlaufende Hebungen von unbestimmter Dauer nach dem Satze zu 4 von Hundert zu Kapital gerechnet werden sollen, weil dies eine ganz willkürliche Annahme ist, als wie die Vorschrift in § 251 der Preuß. Konkursordnung, daß das Kapital für die fortlaufenden Hebungen verzinslich niederzulegen ist, und daß, wenn die jedesmaligen Hebungen durch die aufgenommenen Zinsen nicht gedeckt werden, der fehlende Betrag aus dem Kapital genommen werden soll. Die Motive sagen Bd. I S. 379 ganz richtig: Die Versilberung, welche der Konkurs erfordert, äußert sich hier gleichfalls in einer Realisirung, einer Ablösung der Renten und sonstigen Hebungen. Jedoch fehlt im Entwurfe die diesen Motiven entsprechende Bestimmung in § 71. Nur in § 72 ist die Kapitalisirung vorgeschrieben. Aus dem § 71 folgt nur, daß die wiederkehrenden Leistungen nach ihrem Schätzungswerthe in der Reichsmünze geltend zu machen sind. Deshalb ist im § 71 auch noch zu sagen, daß diese Forderungen nach ihrem Schätzungswerthe kapitalisirt und durch Zahlung in Kapital befriedigt werden.

Für die Kapitalisirung der lebenslänglichen Hebungen muß aber das Gesetz einen festen Anhalt geben, da die jedesmalige Schätzung eine überaus unzuverläßliche und willkürliche sein muß, denn kein Sachverständiger kann die Lebensdauer des Berechtigten mit nur einiger Gewißheit angeben.

Deshalb bestimmt das K. Sächs. bürgerl. Gesetzbuch in § 35:

Wenn es bei Beurtheilung von Rechtsverhältnissen auf die muthmaßliche Lebensdauer einer Person ankommt, so ist

bis	zum	erfüllten	1.	Altersjahre	eine	Lebensdauer	von	noch	35 Jahren
„	„	„	2.	„	„	„	„	„	41 „
„	„	„	10.	„	„	„	„	„	44 „
„	„	„	15.	„	„	„	„	„	41 „

u. s. w.

zu vermuthen.

Deshalb dürfte der § 71 dahin zu fassen sein:

Forderungen, welche nicht in Geld bestehen oder deren Geldbetrag unbestimmt oder ungewiß oder nicht nach der Reichsmünze festgesetzt ist, werden unter Berechnung der Zwischenzinsen (§ 67) kapitalisirt und als Kapital befriedigt.

Sind die Hebungen an die Lebensdauer des Berechtigten geknüpft, so ist anzunehmen:

bis zum erfüllten 1. Altersjahre eine Lebensdauer von noch 35 Jahren u. s. w. wie im § 35 des K. Sächs. Gesetzbuchs.

Ist das Aufhören der Hebungen an ein anderes ungewisses Ereigniß geknüpft, so bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen die anzunehmende Dauer der Hebungen.

XII. Nach § 75 des Entwurfes sollen die Konkurse von den Amtsgerichten, also ausschließlich von Einzelrichtern bearbeitet werden. Die Motive bemerken hiezu Bd. II S. 2: Die ausschließliche Zuständigkeit der Kollegialgerichte sei in der Preuß. Konkursordnung in Baiern und Lübeck angenommen. In Hannover, Baden und dem Geltungsbereiche der preußischen Verordnungen vom 26. Juni 1867 bestehe die unbedingte Kompetenz der Amtsgerichte. In Oldenburg und Bremen, sowie nach dem sächsischen Entwurfe einer Konkursordnung richte sich die Kompetenz nach dem Umfange der Aktivmasse oder dem Betrage der angegebenen Ansprüche.

Die Entscheidung der Frage hänge wesentlich davon ab, welche Aufgaben dem Konkursgerichte gestellt werden. Der Entwurf führe aber dessen administrative Thätigkeit auf das geringste Maaß zurück, und beschränke die richterlichen Funktionen auf diejenigen Entscheidungen, welche entweder das Rechtsverhältniß aller Gemeingläubiger zum Gemeinschuldner oder Verwalter zum Gegenstande haben, oder bei denen es sich um solche Streitigkeiten handle, welche wegen ihres Einflusses auf den Fortgang der Sache mittelbar das Interesse Aller berühren und auf den Weg des förmlichen Prozesses nicht verwiesen werden dürfen. Freilich sei die große Wichtigkeit einiger Entscheidungen, wie die Eröffnung und Aufhebung des Konkurses, die Bestätigung des Zwangsvergleiches und die Wiedereinsetzung des Gemeinschuldners unverkennbar. Was aber die Eröffnung betrifft, so handle es sich erfahrungsmäßig in den wenigsten Fällen um die Entscheidung zweifelhafter Fragen. Wo aber besondere Schwierigkeiten sich ergäben, da seien sie in der Regel mehr thatsächlicher als rechtlicher Natur. Nach dem Rechtsmittelsysteme der Prozeßordnung würde nun das Urtheil eines Kollegialgerichtes nur mittels der Revision anfechtbar sein, welche dem zweiten Richter eine Prüfung lediglich nach rechtlichen Gesichtspunkten gestattet und daher in den meisten Fällen zwecklos sein würde. Das Urtheil des Amtsgerichtes unterliege dagegen

der Berufung, die eine vollständige Erneuerung des Verfahrens zur Folge hat. In der Zuweisung vor das Amtsgericht liege daher eine größere Garantie für die Betheiligten als wenn man schon in erster Instanz ein Kollegialgericht über die Eröffnung entscheiden lasse.

Auch würden die künftigen Landgerichte sehr große Bezirke erhalten. Die Bestellung der Landgerichte zu Konkursgerichten würde daher die Raschheit und Einfachheit des Verfahrens erheblich beeinträchtigen.

Was aber zunächst diesen letzten Grund angeht, so gereicht die Größe der Landgerichtsbezirke den Rechtsuchenden überhaupt zur Beschwerde. Es würde also zur Verringerung dieses Uebelstandes führen, wenn man durch Ueberweisung der Konkurse an die Landgerichte veranlaßt, die Bezirke weniger groß machte.

Was jedoch den aus dem Rechtsmittelsystem der Prozeßordnung entnommenen Grund angeht, so ist es jedenfalls seltsam, daß nach diesem System bei den geringfügigeren Sachen bis zum Werthe von 100 Thalern, welche die Prozeßordnung doch als solche den Amtsgerichten überweist, in zwei Instanzen eine eingehende t h a t s ä c h l i c h e Prüfung erfolgen kann, wogegen bei den wichtigeren Sachen nur e i n e thatsächliche Prüfung durch die Landgerichte zulässig sein soll.

Es frägt sich deshalb wohl, ob dieses vielfach und wohl mit Recht angefochtene Rechtsmittelsystem ins Leben treten, oder nicht vielmehr auch gegen die Entscheidung der Landgerichte die Berufung mit einer neuen thatsächlichen Ermittelung zugelassen wird.

Aber auch wenn dies nicht geschehen sollte, so steht es doch im Widerspruch mit der Zuständigkeit, wie sie der Entwurf der Prozeßordnung vorschreibt, daß alle Konkurse ohne Unterschied des Betrages vor die Amtsgerichte gewiesen werden, während die Prozeßordnung davon ausgeht, daß nur die minder wichtigen Sachen vor die Amtsgerichte gehören sollen.

Dagegen spricht aber endlich auch noch der praktische Grund, daß die bedeutenderen Konkurse die Arbeitskraft eines Einzelrichters so sehr in Anspruch nehmen, daß er dadurch verhindert wird, seine anderen laufenden Arbeiten zu bestreiten, während bei den Kollegialgerichten eine Ausgleichung leicht zu bewerkstelligen ist.

Da nun Konkurse mit unbedeutenden Massen, welche den Kosten des Verfahrens nicht entsprechen, nach § 108 des Entwurfes über

haupt nicht eingeleitet werden sollen, so rechtfertigt es sich, die Bearbeitung aller Konkurse den Landgerichten zu überweisen.

XIII. Nach § 82 des Entwurfes soll gegen den Beschluß des Gerichtes über die Entlassung des Verwalters oder Festsetzung einer Ordnungsstrafe gegen ihn kein Rechtsmittel stattfinden.

Die Motive rechtfertigen dies Bd. II S. 15 damit, daß die Anrufung einer höheren Instanz mit den Anforderungen einer prompten Geschäftsführung unverträglich sei.

Dies gilt aber doch nur für die Entlassung des Verwalters. Auch ist diese Entscheidung nicht so präjudizirlich, weil der Verwalter kein unbedingtes Recht auf Führung der Verwaltung hat.

Dagegen hindert die nochmalige Prüfung der Frage: ob der Verwalter eine Ordnungsstrafe verdient hat, und ob der zurückgewiesene Antrag auf Entlassung des Verwalters nicht dennoch begründet sei, den Fortgang des Konkurses in keiner Weise (vergl. XXII. u. XXIII).

XIV. Nach § 84 des Entwurfes kann gegen die vom Gemeinverwalter gelegte Schlußrechnung sowohl der Gemeinschuldner, wie jeder Gemeingläubiger und ein nachfolgender Verwalter Einwendungen geltend machen. Der Entwurf sagt aber nicht, wie diese Einwendungen ihre Erledigung finden sollen. Nur Bd. II S. 17 bemerken die Motive: die Erledigung dieser Streitpunkte müsse nach den allgemeinen Vorschriften im Prozeßwege erfolgen.

Damit würde aber die Entscheidung sehr verzögert werden. Auch läßt der § 84 ungewiß, wer den Prozeß im Namen der Gemeinmasse führen soll.

Es dürfte sich empfehlen, für solche Einwendungen, welche der Gläubigerausschuß für begründet erachtet, dem Konkursgerichte die sofortige Entscheidung zu übertragen und noch zu bestimmen:

> Ueber die vom Gemeinverwalter bestrittenen Einwendungen, welche der Gläubigerausschuß für begründet erachtet, hat das Gericht nach vorgängiger mündlicher Verhandlung auf Antrag des Gläubigerausschusses zu erkennen.
>
> Die Verfolgung der sonstigen Einwendungen steht den Betheiligten im Prozeßwege zu.

XV. Nach § 87 des Entwurfes soll bei Stimmengleichheit im Gläubigerausschuß die Meinung entscheiden, welcher der Verwalter beitritt.

In den Motiven Bd. II. S. 22 wird die Vorschrift im § 218 der Preuß. Konkursordnung, wonach der Masseverwalter im Verwaltungsrath mitstimmen soll, ohne Angabe eines Grundes gemißbilligt. Diese Mißbilligung ist allerdings begründet, weil der Gläubigerausschuß zugleich die kontrolirende Behörde für den Verwalter ist. Dies verhindert aber auch, ihm bei Stimmengleichheit die entscheidende Stimme beizulegen. Man thut daher besser, bei Stimmengleichheit die Meinung des Vorstehers entscheiden zu lassen.

XVI. Freilich sagt der Entwurf auch nicht, daß der Gläubigerausschuß einen Vorsteher haben soll. Nach Bd. II S. 21 der Motive vermeidet es der Entwurf, über die Geschäftsführung des Gläubigerausschusses bestimmte Vorschriften zu ertheilen. Die Form der Berufung, die Leitung der Verhandlungen, die Art der Abstimmung, welche in geeigneten Fällen auch schriftlich geschehen kann, die Voraussetzung und die Reihenfolge der Zuziehung von Ersatzmännern, das Alles seien Dinge, welche der Autonomie der Betheiligten nicht entzogen zu werden brauchten, durch welche aber auch Dritten gegenüber die Gültigkeit eines Beschlusses nicht in Frage gestellt werden dürfe.

Indeß erscheint es doch geboten, die Grundzüge, welche zur Organisation des Gläubigerausschusses gehören, im Gesetze anzugeben, da man sonst die Laien, welche in den Gläubigerausschuß berufen werden, ganz rathlos läßt, was zu Mißgriffen und Vernachlässigungen Veranlassung giebt. Die Erfahrung lehrt, daß die größten Unordnungen dadurch entstehen, wenn solche Vereine keinen Vorsteher haben, oder dieser nicht für die Aufbewahrung der Beschlüsse sorgt. Deshalb dürfte noch zu sagen sein:

> Der Gläubigerausschuß wählt einen Vorsteher, sowie einen Stellvertreter desselben. Dem Vorsteher steht die Berufung der Mitglieder zu den Sitzungen zu. Er hat auch für die Aufzeichnung und Aufbewahrung der gefaßten Beschlüsse zu sorgen.

XVII. Der § 113 Abs. 2 der Preuß. Konkursordnung lautet:

> Die Zahlungseinstellung ist vorhanden, wenn der Gemeinschuldner seine Zahlungsunfähigkeit selbst erklärt, oder wegen Zahlungsunfähigkeit sein Geschäft schließt, oder wenn andere Umstände vorliegen, aus welchen erhellt, daß der Gemeinschuldner in dem Zustande der Zahlungsunfähigkeit sich befindet.

Der Entwurf nimmt nach S. 39 Bd. II der Motive Anstand, den Begriff der Zahlungseinstellung zu definiren, weil eine erschöpfende und ausschließende Aufzählung aller sogenannten Bankrutthandlungen, wie sie in ihrer kasuistischen Weise die englischen und amerikanischen Konkursgesetze versuchen, unmöglich, eine Exemplifikation gegenüber der freien Ueberzeugungstheorie entbehrlich sei. Mit Recht bemerkten die Motive zum preußischen Entwurf eines Handelsgesetzbuches S. 373:

> Die Zahlungseinstellung ist eine nach der unendlichen Verschiedenheit der Fälle in den verschiedensten Weisen zur Erscheinung kommende Thatsache, deren Auffassung der Anschauung des Falles und des kaufmännischen Verkehrslebens und der vernünftigen Einsicht des Richters anheimgegeben werden muß.

Die Richtigkeit dieses Satzes sei durch die Erfahrung bestätigt; nicht nur der Handelswelt, sondern allen Verkehrskreisen sein Begriff und Bedeutung des Wortes vollkommen geläufig, auch die Praxis habe in der Handhabung desselben keinen erheblichen Fortschritt begangen. Ein Hinweis auf die beiden Hauptgesichtspunkte, welche man stets im Auge zu halten habe, möchte indeß nicht überflüssig sein. Diese seien:

1. daß die Zahlungseinstellung eine allgemeine sei,
2. daß sie in der Zahlungsunfähigkeit ihren Grund haben muß.

Indem aber der Entwurf auch bei Nichtkaufleuten, was die Preuß. Konkursordnung nicht thut, die Feststellung einer der Konkurseröffnung vorhergehenden Zahlungseinstellung zuläßt, erweitert er die Wirkung derselben erheblich.

Grade bei Nichtkaufleuten wird es am schwierigsten sein, die Frage zu beantworten, ob eine Zahlungseinstellung die Folge der Zahlungsunfähigkeit ist, weil bei ihnen eine Schließung des Geschäftes nicht vorkommt.

Schon jetzt, und trotz den Andeutungen, welche die Preuß. Konkursordnung giebt, lehrt uns die Erfahrung, daß die Frage, ob und wann bei einem Kaufmanne die Zahlungseinstellung vor der Konkurseröffnung stattgefunden hat, der Gegenstand mancher Prozesse ist.

Nach den Worten des Entwurfes, § 100, der nur die Zahlungseinstellung als solche erwähnt, kann jede Einstellung einer Zahlung als Zahlungseinstellung im Sinne des Gesetzes angesehen werden. Dies ist um so bedenklicher, als nach dem Entwurfe über das Vorhandensein der Zahlungseinstellung nicht, wie im preußischen Konkurse, das Konkursgericht allein entscheidet, diese Feststellung vielmehr den

verschiedenen Gerichten anheimfällt, bei denen die Klagen wegen Anfechtung der Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners wegen schon vorhandener Zahlungseinstellung angestellt werden. Deshalb werden die vorkommenden Mißgriffe um so leichter hervortreten.

Es genügt deshalb nicht, wenn blos die Motive die Voraussetzungen angeben, unter welchen eine Zahlungseinstellung anzunehmen ist, vielmehr dürfte dem § 100 des Entwurfes noch hinzu zu fügen sein:

> Die Zahlungseinstellung muß aber unter Umständen erfolgt sein, welche annehmen lassen, daß die Zahlungseinstellung eine allgemeine ist und in der Zahlungsunfähigkeit ihren Grund hat.

XVIII. Nach dem § 104 des Entwurfes soll zu dem Vorverfahren über die Frage, ob der Konkurs zu eröffnen sei, auch schon der Verwalter der Masse geladen werden.

Es liegt aber keine Veranlassung vor, einen Verwalter zuzuziehen, wenn der Gemeinschuldner selbst vom Gerichte geladen werden kann. Erst wenn dies nicht der Fall ist, bedarf es einer Vertretung des Gemeinschuldners, und der Bestellung eines Verwalters, welcher nach § 105 des Entwurfes die nöthigen Sicherungsmaßregeln beantragen soll. Diese Befugnisse kann man dem Antragsteller einräumen.

XIX. § 108 des Entwurfes lautet:

> Erachtet das Gericht den Eröffnungsantrag für unbegründet, so erkennt es auf Abweisung des Antragstellers.
>
> Die Abweisung kann ausgesprochen werden, wenn nach dem Ermessen des Gerichtes eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Gemeinmasse nicht vorhanden ist. Die Abweisung aus diesem Grunde hat für den Schuldner in Bezug auf Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte dieselben Folgen, welche die Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens nach sich zieht.

Es ist hier also nicht gesagt, daß auch die Anfechtung der vorher vorgenommenen Rechtshandlungen ebenso zulässig sein soll, als wenn der Konkurs wirklich eröffnet wäre.

Die Erfahrung lehrt aber, daß die Geringfügigkeit der Masse nicht selten durch Rechtshandlungen herbeigeführt ist, welche, wenn der Konkurs wirklich eröffnet wäre, nach den Vorschriften des Entwurfes angefochten werden und hinreichende Masse ergeben könnten.

Deshalb dürfte dem § 108 noch hinzuzufügen sein:

Eine solche Abweisung begründet auch die nach dem 3. Titel des 1. Buches zulässige Anfechtung der vor der Eröffnung des Gemeinschuldverfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen ebenso, als wenn das Gemeinschuldverfahren wirklich eröffnet wäre.

XX. Nach §. 125 des Entwurfes verliert der Gläubiger, welcher den von ihm geforderten Offenbarungseid nicht leistet, nur den ihm aus der Masse bewilligten Unterhalt.

Diese Verwarnung hat aber doch nur in den Fällen eine Wirkung, in welchen dem Gemeinschuldner dieser Unterhalt von den Gläubigern zugestanden ist. Die Preußische Konkursordnung enthält zwar auch nichts über die Art und Weise des auszuübenden Zwanges. Da aber hier eine Handlung erzwungen werden soll, so kann nach § 9 der Preußischen Verordnung vom 4. März 1834 der Gemeinschuldner durch Personalhaft zur Ableistung des Eides angehalten werden. Dies ist zwar auch nach § 659 des Entwurfes zur deutschen Civilprozeßordnung zulässig. Da aber der vorliegende Entwurf ausdrücklich an die Weigerung nur den Verlust des Unterhalts knüpft, so dürfte zur Vermeidung von Mißverständnißen der betreffende Satz des § 125 dahin zu fassen sein:

> Verweigert er die Eidesleistung, so verliert er den ihm bewilligten Unterhalt und ist durch Haft bis zu 6 Monaten dazu anzuhalten.

XXI. Nach §. 140. des Entwurfes soll der Gerichtsschreiber jede angemeldete Forderung nach der Rangordnung des beanspruchten Vorrechtes in eine doppelte Tabelle eintragen.

Wie die Preuß. Konkursordnung unterläßt auch der Entwurf eine Form für die aufzustellende Tabelle vorzuschreiben. Diesem Mangel der Preuß. Konkursordnung hat die Preuß. Ministerialinstruktion vom 6. August 1855 abgeholfen. Man darf aber die Vervollständigung des Gesetzes nicht einer besonderen Ministerialinstruktion zuweisen. Deshalb empfiehlt es sich diese Vorschrift der Preuß. Ministerialinstruktion, welche sich, wie Motive bezeugen, wohl bewährt hat, in das Gesetz aufzunehmen und den §. 140 des Entwurfes hinzuzufügen.

Zu §. 142 des Entwurfes lautet:

XXII. Bleibt im Prüfungstermin eine Forderung streitig, so soll nach §. 142. des Entwurfes mit den Parteien verhandelt werden, ob

und zu welchem Betrage dieselbe zugelassen werden soll. Im Falle eines Widerspruchs entscheidet hierüber endgültig das Gericht.

Nach S. 96. Bd. II. der Motive soll mit dem Worte „endgültig" nur die Unstatthaftigkeit eines Rechtsmittels ausgedrückt werden. Die spätere Abänderung der, den derzeitigen Umständen entsprechend getroffenen, Entscheidung durch das Gericht selbst auf Grund neuer Momente oder Anführungen und nach vorheriger mündlicher Verhandlung unter den Parteien sei keineswegs ausgeschlossen.

Ist aber, wie der §. 142 des Entwurfes sagt, die im Prüfungstermin getroffene Entscheidung endgültig, so kann sie auch so wenig wie ein ergangenes Erkenntniß von dem Gerichte selbst wieder geändert werden, wie dies die Motive doch zulassen wollen.

Diese Entscheidung ist aber insofern von großer materieller Erheblichkeit, als nach § 152 des Entwurfes die bestrittenen Forderungen nur soweit bei den Vertheilungen berücksichtigt werden dürfen, als sie im Prüfungstermine vorläufig zugelassen sind. Die Schlußvertheilung erfolgt aber nach § 156 des Entwurfes, sobald die Verwerthung der Masse beendigt ist. So kann es leicht kommen, daß diese Vertheilung früher erfolgt, als die wegen ihrer streitigen Forderungen von den Gemeingläubigern angestellten Prozesse rechtskräftig entschieden sind. Die verweigerte vorläufige Zulassung kann den Gläubiger daher leicht um sein ganzes Recht bringen.

Deshalb erscheint es nicht gerechtfertigt, diese Entscheidung eines Einzelrichters, welchem der Entwurf doch die Bearbeitung überweisen will, für unangreifbar zu erklären, vielmehr dürfte dem Gläubiger die Anbringuug einer sofortigen Beschwerde, wie sie nach § 490 des Entwurfes der Deutschen Prozeßordnung zulässig ist, zu gestatten sein.

Es lauten im Entwurf:

§ 150. Zahlungen auf festgestellte bevorrechtigte Forderungen kann der Verwalter unabhängig von den Vertheilungen an nicht bevorrechtigte Gemeingläubiger leisten.

§ 151. Auf Antrag des Verwalters beschließt der Gläubigerausschuß über die Vornahme einer Vertheilung, u. s. w.

XXIII. Nach der Fassung des § 150 hat es den Anschein, als ob der Verwalter ohne den Gläubigerausschuß zu fragen, Zahlungen an bevorrechtete (man sagt wohl nicht: bevorrechtigte) Gläubiger zu leisten.

Da aber durch solche ungerechtfertigte Zahlungen auch die Gemeingläubiger benachtheiligt werden können, so dürfte sich empfehlen, die beiden §§ in einen zusammen zu fassen, damit man sieht, daß die Genehmigung des Gläubigerausschusses zu allen Zahlungen aus der Masse nöthig ist.

XXIV. Es läßt sich aber auch nicht rechtfertigen, daß nach dem § 151 der Gläubigerausschuß die Frage: ob eine Vertheilung vorzunehmen sei, unbedingt nicht früher in Erwägung ziehen darf, als bis ihm ein dahin gehender Antrag des Verwalters zugeht.

Die Motive Bd. II. S. 110 rechtfertigen dies zwar damit, daß der Verwalter allein die Sachlage vollständig zu übersehen vermöge. Auch würde es seiner verantwortlichen Stellung gegenüber den Massegläubigern und Separatisten nicht entsprechen, ihn hier lediglich von dem Willen der Gemeingläubiger abhängig zu machen.

Indeß kann jeder Verwalter, wenn er nur die Beschlüsse des Gläubigerausschusses vollzieht, für seine Person keine Verantwortung treffen. Die Gläubiger können leicht durch die Lässigkeit des Verwalters benachtheiligt werden, wenn der Gläubigerausschuß nicht selbst die Vertheilung anregen darf, sondern immer ruhig warten muß, bis der Verwalter dieselbe bei dem Gläubigerausschuß beantragt. Es versteht sich von selbst, daß der Gläubigerausschuß die Vertheilung nicht ohne Zuziehung des Verwalters beschließen kann.

Deshalb dürfte dem § 151 hinzuzufügen sein:

Der Gläubigerausschuß beschließt über die Vornahme einer Vertheilung.

XXV. Der Entwurf lautet:

§ 155. Gemeingläubiger welche bei einer Abschlagsvertheilung ausgeschlossen sind, können nachträglich, sobald sie die Vorschriften des § 152 erfüllt haben, die Zuweisung der bisher festgesetzten Procentsätze aus der Restmasse verlangen, so weit diese reicht, und solange nicht die Ausschlußfrist für eine neue Vertheilnng abgelaufen ist.

Die Motive Bd. II. S. 114 bemerken, es seien 3 Fälle möglich:

1. Die unbedingte Präclusion auf Höhe aller früheren Dividenden.
2. Die vollständige Nachzahlung aller früheren Dividenden nach Maßgabe der vorhandenen Masse;
3. Die ausschließliche Zulassung bei späteren Vertheilungen, je-

doch mit der Begünstigung, daß bei ihnen der volle Betrag, bei den schon früher berücksichtigten Forderungen nur der nach Abzug des Empfangenen verbleibende Rest der Dividenden-Rechnung zu Grunde gelegt wird.

Die Preuß. Konkursordnung entscheidet sich in den §§. 254 und 255 für die letzte Alternative, weil die 2. Alternative kein wirksames Präjudiz enthalte. Dies sei jedoch nicht richtig, wie auch daraus erhelle, daß die Mehrzahl der großen Handelsstaaten wie Holland, England, Dänemark, Belgien, Oesterreich und die Nordamerikanischen Freistaaten sich für die 2. Alternative entschieden hätten. Während ferner bei Anwendung des 3. Grundsatzes jede neue Vertheilung eine umständliche Berechnung theils nach den Restbeträgen des alten, theils nach den Nominalbeträgen der neuen Forderungen nothwendigmache, könne bei Annahme des 2. Grundsatzes durchweg von allen Forderungen und für alle Vertheilungen die Dividende nach dem vollen ursprünglichen Betrage ohne weitere Berechnung gezahlt werden.

Man muß dieser Ausführung zustimmen Der § 155 des Entwurfes entspricht aber insofern nicht den Motiven, als nach dessen Schluß anzunehmen ist, die Nachzahlung der Dividende werde durch jede neue Vertheilung für immer verhindert, so daß also wenn bei einer ersten vorläufigen Vertheilung die Dividende für eine Forderung nicht gezahlt ist, die Nachzahlung nur bis zum Abschluß der Ausschlußfrist und bei den folgenden Vertheilungen die Nachzahlung der Dividende nicht erfolgen darf. Deshalb muß man die letzten Worte des § 155:

„und so lange nicht die Ausschlußfrist für eine neue Vertheilung abgelaufen ist"

ganz fortlassen. Denn daß bei jeder neuen Vertheilung nur die bis dahin liquide gemachten Ansprüche berücksichtigt werden können, das folgt schon aus den §§ 152 bis 154 des Entwurfes.

XXVI. Der § 198 des Entwurfes schreibt für den Fall daß ein Zwangsvergleich zu Stande gekommen ist, vor:

Vor der Aufhebung des Verfahrens hat der Verwalter aus der Gemeinmasse die anerkanten Masseschulden zu berichtigen und auf Antrag die bevorrechtigten Gemeingläubiger, soweit deren Forderungen festgestellt sind, zu befriedigen, soweit dieselben vorläufig zugelassen sind, sicher zu stellen.

Man sieht nicht, warum hier der Unterschied gemacht ist, daß die anerkannten Masseschulden ohne, die bevorrechteten Gläubiger aber nur auf Antrag befriedigt werden sollen.

Nach § 166 und 175 des Entwurfes werden die bevorrechteten Gläubiger bei den Zwangsvergleichsverfahren garnicht zugezogen. Sie erhalten auch von der Beendigung desselben keine besondere Kenntniß und können leicht übersehen, wegen ihrer Befriedigung nach der Beendigung dieses Verfahrens besondere Anträge zu stellen. Ihre Absicht, Befriedigung zu erlangen, haben sie doch aber schon damit zu erkennen gegeben, daß sie ihre Ansprüche beim Verwalter angemeldet haben, denn nur von solchen, die dies gethan haben, spricht der § 198, weil er nur die anerkannten und vorläufig zugelassenen Forderungen betrifft.

Deshalb erscheint ein fernerer besonderer Antrag der bevorrechteten Gläubiger auf Befriedigung nicht erforderlich, und dürften sonach im § 198 die Worte „auf Antrag" fortzulassen sein.

XXVII. Es lautet im Entwurf:

§ 202. Die nicht befriedigten Gemeingläubiger können, vorbehaltlich der Wirkungen eines Zwangsvergleichs, ihre Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen.

Gemeinforderugen, welche bis zur Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens festgestellt und nicht von dem Gemeinschuldner ausdrücklich bestritten sind, können gegen ihn durch Zwangsvollstreckung beigetrieben werden.

Die Motive bemerken Bd. II. S. 187, es bestehe über die Frage:

„in wieweit die im Konkurs ergangenen Feststellungen und Urtheile nach der Aufhebung des Konkurses wirksam seien,"

lebhafter Streit.

In der gemeinrechtlichen Praxis neige man sich dahin, solchen Urtheilen nicht die Kraft eines gegen den Schuldner vollstreckbaren Judikats, vielmehr nur die Bedeutung eines Beweisgrundes beizulegen. Das Preußische Obertribunal nehme dagegen die Vollstreckbarkeit der konkursmäßigen Feststellung gegen den Gemeinschuldner für seine Person an (Entscheid Bd. 52 S. 454), wogegen das Reichsoberhandelsgericht dies nur für den Fall des Akkordverfahrens gelten lassen will, weil es nur insoweit im § 201 der Preußischen Konkursordnung vorgeschrieben sei.

Die Motive geben zu, daß die Ansicht des Reichsoberhandelsgericht theoretisch die richtige sei, indem sie bemerken:

„nur zur Verwirklichung des Gemeinschuldanspruches steht der Verwalter an Stelle des Gemeinschuldners. Während nun die Ansprüche der Vindikanten, der Absonderungs- und der Massegläubiger den Gemeinschuldanspruch nicht berühren, durch ihn und das Gemeinschuldverfahren nicht berührt werden, während sie daher im vollen Umfang zu erledigen und zu berichtigen sind, die Erklärungen des Verwalters und die ergehenden Urtheile betreffs ihrer unbeschränkten Wirksamkeit auch gegenüber dem Gemeinschuldner haben müssen — ist die Anmeldung und die Feststellung der Gemeinschuldforderungen im Gemeinschuldverfahren und in Sonderprozessen auf den Kreis des Gemeinschuldrechtes beschränkt; sie verfolgt und bewirkt nichts anderes, als im Ganzen die Bestimmung der Höhe des Gemeinschuldanspruches und im Einzelnen das Recht der Theilnahme an den Beschlußfassungen über die Gemeinmasse und deren Vertheilung."

Deshalb sei dem im besonderen Prozesse gegen die Konkursmasse ergangenen Urtheile nur die Wirksamkeit gegenüber allen Gemeingläubigern beizulegen, dagegen müsse gegenüber dem Gemeinschuldner nach Aufhebung des Konkurses diese Wirksamkeit verneint werden.

Die Gesetzgebung dürfe jedoch nicht auf dem Standpunkt juristischer Konsequenz stehen bleiben. Die Praxis des Obertribunals helfe dem Uebelstande ab, der aus der juristischen Konsequenz hervorgehe. Die Vollstreckbarkeit finde ihre Rechtfertigung darin, daß dasselbe Streitverhältniß wie bei der Prüfung im Konkurse so auch bei der Nachforderung vorliege; die Feststellung sei ergangen, wenn nicht auf Grund der eigenen Angaben des zur erschöpfenden Aufklärung verpflichtet gewesenen Schuldners, so doch auf Grund der eigenen Bücher und Skripturen desselben, die Richtigkeit der Feststellung könne auch sonst klar zu Tage liegen.

Den entsprechenden Weg habe § 51 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 vorgezeichnet. Der Gemeinschuldner solle sich nach § 95 und 142 des Entwurfes im Prüfungstermin über jede Forderung erklären; versäume er dies, so fingire das Gesetz, daß er auch seinerseits dem Verwalter zustimme. Die Feststellung, welche auf Grund des vom Verwalter abgegebenen Anerkenntnisses erfolgt ist, gelte daher auch

als gegen den Gemeinschuldner erfolgt. Darauf beruhe Absatz 2 des § 202 im Entwurf.

Die Motive unterscheiden also zwischen den Ansprüchen der Gemeingläubiger und denen der Vindikanten, der Absonderungs- und Massengläubiger. Für die letzteren existire der Konkurs nicht, deshalb müßten ihnen gegenüber die Erklärungen des Verwalters und die gegen ihn ergangenen Urtheile volle Wirkung auch gegen den Gemeinschuldner haben.

Wäre dies richtig, so müßte aber der Absatz 2 in § 202 des Entwurfes nicht allein die Gemeinforderungen, sondern auch die Ansprüche der Vindikanten, der Absonderungsberechtigten und Massegläubiger erwähnen.

Die Motive ziehen hier jedoch aus einer unrichtigen Voraussetzung einen unrichtigen Schluß, weil es nicht richtig ist, daß die Vindikanten, die Absonderungsberechtigten und die Massegläubiger durch das Gemeinschuldverfahren nicht beschränkt werden. Denn die Masseschulden werden zwar nach §. 5 des Entwurfes aus der Gemeinmasse vor den Gemeingläubigern berichtigt, aber sie müssen wie die Gemeinforderungen dem Verwalter gegenüber geltend gemacht werden.

Daß nun auch die Vindikanten und die Absonderungsberechtigten durch das Gemeinschuldverfahren betroffen werden, ergiebt sich aus § 117, 118 und 153 des Entwurfes, weil danach diese Gläubiger ihre Ansprüche bei Verlust derselben innerhalb 14 Tagen nach Bekanntmachung der Eröffnung des Konkurses anmelden müssen. Der Entwurf schweigt zwar darüber, wem gegenüber diese Gläubiger ihre Ansprüche geltend machen müssen, denn der § 8 des Entwurfes entzieht dem Gemeinschuldner nur die Verfügung über sein zur Gemeinmasse gehöriges Vermögen, und überträgt dies Verfügungsrecht nur zum Zwecke der Befriedigung der Gemeingläubiger auf den Gemeinverwalter.

Insofern der Entwurf aber die Vindikanten und die Absonderungsberechtigten mit der Geltendmachung ihrer Ansprüche an den Verwalter verweist, muß man wohl annehmen, daß nicht der Gemeinschuldner, sondern der Verwalter derjenige ist, welcher diese Ansprüche anzuerkennen oder zu bestreiten hat (vgl. Bedenken I).

XXVIII. Deshalb dürfte auch § 8 des Entwurfes dahin zu fassen sein:

Für die Dauer des Verfahrens verliert der Gemeinschuldner

die Befugniß sein Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen.

Dies Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger durch einen Gemeinverwalter ausgeübt.

Vertritt also der Verwalter den Gemeinschuldner bei Feststellung der Ansprüche der Vindikanten, der Absonderungsberechtigten und der Massegläubiger während der Dauer des Konkurses, so sieht man nicht, wie die Motive zu der Annahme kommen, daß die vom Verwalter allein in Beziehung auf diese Ansprüche erklärten Anerkenntnisse und Urtheile unbedingte Geltung gegen den Gemeinschuldner nach Aufhebung des Konkurses haben sollen.

Erwägt man aber, daß die Motive die Vollstreckbarkeit der gegen den Verwalter festgestellten Ansprüche darauf stützen, daß der Gemeinschuldner verpflichtet ist, im Prüfungstermine sich über die Richtigkeit der erhobenen Ansprüche zu erklären, und daß, wenn er dies unterläßt, sein Anerkenntniß fingirt werde, so kann von einer solchen Fiktion doch in Beziehung auf die Vindikanten und die Absonderungsberechtigten aus dem Grunde keine Rede sein, weil in Betreff dieser Ansprüche im Prüfungstermin nach den Vorschriften des Entwurfes gar nicht verhandelt wird, diese Ansprüche vielmehr außergerichtlich dem Verwalter gegenüber geltend gemacht werden sollen.

Es rechtfertigt sich aber auch nicht, den Gemeingläubiger dies Recht auf Zwangsvollstreckung wegen aller der Ansprüche zuzugestehen, welche im Gemeinschuldverfahren festgestellt und vom Gemeinschuldner nicht ausdrücklich bestritten sind.

Die Vorschrift des §. 202 läßt zunächst ungewiß, wann und wo der Gemeinschuldner den Anspruch bestritten haben soll, ob vor Gericht oder dem Gläubiger oder dem Verwalter gegenüber.

Man sieht aber auch nicht, warum der Gemeinschuldner den Anspruch auch noch ausdrücklich bestreiten soll, wenn der Verwalter dies schon thut, dieser aber die Forderung vielleicht nachträglich anerkennt oder verurtheilt wird, und dabei Einwendungen unberücksichtigt läßt, die dem Gemeinschuldner zur Seite stehen.

Das fingirte Anerkenntniß des Gemeinschuldners, auf welches sich die Motive stützen, ist am allerwenigsten dann anzunehmen, wenn der Gemeinschuldner im Prüfungstermin gar nicht anwesend gewesen ist, und am Erscheinen verhindert war.

Die Vorschrift läßt sich auch nicht mit der Bestimmung im § 51 des Genossenschaftsgesetzes rechtfertigen. Zwar wird hier bestimmt, daß wegen ihrer verificirten Forderungen an die Genossenschaft die Gläubiger nach Beendigung des Konkurses über das Vermögen der Genossenschaft die einzelnen Genossenschafter in Anspruch nehmen können die Genossenschafter müssen demnächst aber von den Gläubigern erst wieder verklagt werden, so lautet auch § 228 des Entwurfes. Gegen die Genossenschafter ist also nicht, wie dies der Entwurf dem Gemeinschuldner gegenüber zulassen will, ohne Weiteres die Zwangsvollstreckung zulässig.

Es erschwert das Fortkommen des Gemeinschuldners nach beendigtem Konkurs insofern gerade, wenn man ihn neuen Exekutionsanträgen seiner früheren Gläubiger sofort ohne Weiteres aussetzt, deshalb verweist § 280 der Preuß. Konkursordnung die nicht befriedigten Gläubiger zu einem neuen Rechtsstreit.

Sonach dürfte Absatz 2 des § 202 dahin zu fassen sein:

> Forderungen an den Gemeinschuldner, welche im Prüfungstermin vom Gemeinschuldner selbst oder in seiner Gegenwart und ohne seinen Widerspruch vom Verwalter anerkannt sind, können nach Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens vom Gemeinschuldner durch Zwangsvollstreckung beigetrieben werden.

Zu § 203 des Entwurfes.

XXIX. Sehr bedenklich erscheint auch § 203 des Entwurfes welcher lautet:

> Die Bestimmungen der §§ 189—202 finden auch auf den Fall Anwendung, wenn das Eröffnungsurtheil in der Berufungsinstanz aufgehoben worden ist.

Die Motive bemerken hierzu Bd. II. S. 190: Die im Vertrauen auf das Eröffnungsurtheil und im Verfolg desselben vorgenommenen Handlungen des Verwalters, die eingegangenen Geschäfte, bewirkten Prüfungen und Feststellungen dürfen nicht rückgängig gemacht werden, Gläubiger und Dritte würden schwer leiden. Es könne die Eröffnung nicht ungeschehen gemacht, vielmehr nur das Verfahren aufgehoben werden. Den Schutz des Schuldners habe der Entwurf in den Vorschriften über das Eröffnungsverfahren zu gewähren gesucht.

Indeß beweist gerade der hier gedachte Fall, wenn nämlich das Eröffnungsurtheil als unbegründet wieder aufgehoben ist, daß dieser Schutz gegen eine ungerechtfertigte Eröffnung des Konkurses nicht ausreichte. In

einem solchen Falle darf aber das Gesetz nicht allein die Interessen der betheiligten Gläubiger und Dritter berücksichtigen, sondern es hat auch dafür zu sorgen, daß der durch die zu Unrecht erfolgte Eröffnung benachtheiligte Gemeinschuldner nicht durch dies Unrecht, sobald es als solches anerkannt ist, noch mehr Schaden leide.

Wenn nun auch die vom Verwalter bis zur Aufhebung des Eröffnungsurtheils vorgenommenen Verfügungen nicht wohl rückgängig gemacht werden können, so muß doch der Gemeinschuldner, sobald der Konkurs aufgehoben ist, im Uebrigen möglichst in den früheren Stand versetzt werden. Prüfen wir nun von diesem Gesichtspunkte aus die Vorschriften in den §§ 198 bis 202. Sie lauten:

§ 198.

Vor der Aufhebung des Verfahrens hat der Verwalter aus der Gemeinmasse die anerkannten Masseschulden zu berichtigen und auf Antrag die bevorrechtigten Gemeingläubiger, soweit deren Forderungen festgestellt sind, zu befriedigen, soweit dieselben vorläufig zugelassen sind, sicherzustellen.

§ 199.

Die Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens und der Grund derselben sind öffentlich bekannt zu machen. Die Bekanntmachung muß durch dieselben Blätter erfolgen, in welchen die Eröffnung des Verfahrens angezeigt worden ist.

§ 200.

Die Wirkungen der Aufhebung treten von Rechtswegen mit Ablauf des Tages ein, an welchem das die Bekanntmachung enthaltende Centralblatt ausgegeben ist.

§ 201.

Der Gemeinschuldner erhält das Recht zurück, über sein Vermögen frei zu verfügen.

Werden nach der in Folge einer Schlußvertheilung eingetretenen Aufhebung Gegenstände vermittelt, welche zur Gemeinmasse gehört haben würden, so sind dieselben durch den bisherigen oder einen auf Antrag eines Gemeingläubigers zu ernennenden Gemeinver-

walter in Besitz zu nehmen, zu versilbern und nach Vorschrift des § 160 zu vertheilen.

§ 202.

Die nicht befriedigten Gemeingläubiger können, vorbehaltlich der Wirkungen eines Zwangsvergleiches, ihre Forderungen gegen den Schuldner unbeschränkt geltend machen.

Gemeinforderungen, welche bis zur Aufhebung des Gemeinschuldverfahrens festgestellt und nicht von dem Gemeinschuldner ausdrücklich bestritten sind, können gegen ihn durch Zwangsvollstreckung beigetrieben werden.

Nun läßt es sich wohl rechtfertigen,

1. daß nach § 198 des Entwurfes der Verwalter erst noch die anerkannten Masseschulden berichtigt, ehe er dem bisherigen Gemeinschuldner sein Vermögen zurückgiebt; es fehlt aber dem Verwalter an jeder Berechtigung, nachdem feststeht, daß die Eröffnung des Konkurses für zu Unrecht erfolgte, Zahlungen auf seiner Ansicht nach begründete Schulden des Gemeinschuldners ohne oder wider dessen Willen zu leisten oder für solche Schulden noch neue Sicherheiten zu bestellen.

Dies würde dem in § 201 des Entwurfes ausgesprochenen Grundsatze widersprechen, daß der Gemeinschuldner mit Aufhebung des Konkurses wieder die freie Verfügung über sein Vermögen zurückerhält.

2. Am allerwenigsten läßt es sich aber rechtfertigen, wenn der § 203 des Entwurfes die schon vorstehend zu XXVIII besprochene Bestimmung des § 202 Abs. 2 auf den Fall anwenden will, wenn das Eröffnungsurtheil in der Berufungsinstanz aufgehoben ist.

Danach würden die Anerkenntnisse, welche der ohne hinreichenden Grund und zu Unrecht an die Stelle des Gemeinschuldners getretene Verwalter in Beziehung auf die angemeldeten Forderungen vorläufig abgegeben hat, den Gemeinschuldner ebenso verpflichten, wie ein ihn verurtheilendes rechtskräftiges Erkenntniß.

Deshalb dürfte § 203 dahin zu fassen sein:

Wenn das Eröffnungsurtheil in der Berufungsinstanz aufgehoben wird, so hat der Verwalter nur noch die Masseschulden aus der Gemeinmasse zu befriedigen, im Uebrigen finden die §§ 199 bis 201 Anwendung.

Zu § 111 des Entwurfes:

XXX. Man sieht aber, wie die Verzögerung der endgültige Entscheidung über die Zulässigkeit der Eröffnung des Konkurses fü alle Betheiligten die eingreifendsten und nachtheiligsten Folgen ha Es läßt sich daher nicht billigen, daß nach § 111 des Entwurfe gegen das Eröffnungsurtheil die gewöhnliche Berufung mit ein Nothfrist von einem Monate zulässig sein soll.

Wie nach der Preuß. Subhastationsordnung vom 15. März 186 nur die Anbringung einer Beschwerde mit 14tägiger Frist gestattet i so dürfte auch gegen das Eröffnungsurtheil nur die im § 490 de Entwurfes der deutschen Civilprozeßordnung erwähnte sofortig Beschwerde mit 14tägiger Nothfrist zuzulassen sein.

Noch mehr wäre dies geboten, wenn die Bearbeitung der Kon kurse den Landgerichten überwiesen wird, weil nach §§ 460 un 478 der Deutschen Civilprozeßordnung gegen das von den Land gerichten abgefaßte Eröffnungsurtheil die Revision und Oberrevisio zulässig ist, die endgültige Entscheidung also noch mehr verzögert wer den kann.

Nach § 206 des Entwurfes

XXXI. findet gegen den Beschluß über die Wiedereinsetzung de Gemeinschuldners nach Aufhebung des Verfahrens kein Rechtsmittel stat

Die Motive führen dafür Bd. II S. 196 an: daß diese diskre tionäre Frage, welche bloß nach freier Ueberzeugung zu entscheiden se sich jedem Rechtsmittel entziehe.

Doch muß dieser Beschluß auf bestimmten im Beschlusse anzu gebenden thatsächlichen Unterlagen beruhen, welche in Folge einer e hobenen sofortigen Beschwerde nach Maßgabe des § 490 des Entwurfe der deutschen Civilprozeßordnung sehr wohl einer nochmaligen Prüfun unterzogen werden können.

Auch gestattet der Entwurf selbst im § 209 diese Beschwerde wenn der Gemeinschuldner später auf Grund des § 207 die Wieder einsetzung beantragt.

Die §§ 216 u. 217 des Entwurfes

XXXII. lauten:

Ein Gemeinschuldverfahren über das im Inland befindliche Vermögen eines Ausländers findet statt wenn derselbe zum Betriebe einer Fabrik, einer Hand

lung oder eines anderen Gewerbes im Inlande eine Niederlassung hat, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden

Die im Auslande geschehene Eröffnung eines Gemeinschuldverfahrens steht der Zahlungsunfähigkeit gleich.

§ 217.

Das inländische Gemeinschuldverfahren gehört vor das Amtsgericht, in dessen Bezirke die Niederlassung sich befindet.

An dem Verfahren sind nur diejenigen Gläubiger Theil zu nehmen berechtigt, deren Forderungen auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben.

Es frägt sich zunächst, welche Bedeutung hat das Wort „Inland" im § 216? Hat man unter Inland den betreffenden deutschen Staat, dessen Unterthan der Gemeinschuldner ist, oder das ganze deutsche Reich zu verstehen?

Das Bundesgesetz vom 21. Juni 1869 enthält für das im Bundesgebiete eröffnete Konkursverfahren abweichende Vorschriften. Nach dessen § 13 äußert das in einem Bundesstaate eröffnete Konkursverfahren seine Wirkung in dem gesammten Bundesgebiete. Ferner lauten daselbst

§ 14:

Auf Ersuchen des Konkursgerichtes oder auf Antrag des Konkursverwalters ist das in einem anderen Staats- oder Rechtsgebiete befindliche Vermögen des Gemeinschuldners von den Gerichten des Ortes, wo sich dasselbe befindet, nach Maßgabe der daselbst für den Fall des Konkursverfahrens zur Anwendung kommenden Gesetze sicher zu stellen, zu inventarisiren und zur Konkursmasse abzuliefern.

§ 15:

Insoweit nach dem Gesetze des Staats- oder Rechtsgebietes, in welchem sich abzulieferndes Vermögen befindet, gewisse Personen für den Fall eines daselbst eröffneten Konkurses berechtigt sind:

1. Vindikationsansprüche in Bezug auf dies Vermögen oder auf einzelne Theile desselben geltend zu machen;
2. ihre abgesonderte Befriedigung aus diesem Vermögen oder aus einzelnen Theilen desselben zu verlangen, oder
3. auf Grund eines auf bestimmte Gegenstände dieses Vermögens beschränkten dinglichen oder persönlichen Rechtes aus diesen Gegenständen Befriedigung zu beanspruchen,

stehen ihnen diese Rechte in derselben Weise zu, als wenn der Konkurs in diesem Staats- oder Rechtsgebiete eröffnet wäre.

Vorzugsrechte anderer Art bestimmen sich nach dem für das Konkursgericht geltenden Rechte.

Nun ist aber wohl außer Zweifel, daß der im § 13 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1869 ausgesprochene Grundsatz auch nach Einführung der Deutschen Konkursordnung gelten soll. Der Entwurf spricht diesen Grundsatz aber nicht aus. Zwar verweisen die Motive Bd. II S. 201 auf den § 3 des Entwurfes, welcher sagt:

Ein Vermögenstheil kann nur in den von diesem Gesetze zugelassenen Fällen eine Gemeinmasse bilden.

Dieser Paragraph läßt aber die zweifelhafte internationale Frage unberührt, welche Wirkung der in einem deutschen Staate eröffnete Konkurs auf das in anderen deutschen Staaten befindliche Vermögen des Gemeinschuldners äußert. Deshalb ist die Vorschrift im § 13 des Bundesgesetzes in die Konkursordnung mit aufzunehmen.

Der § 14 dieses Gesetzes ist nur eine Folgerung dieses Gesetzes. Es versteht sich aber nicht so von selbst, daß die Befugnisse des Verwalters sich über das Gebiet des Staates, von dessen Gerichte er sein Amt hat, hinaus erstrecken.

Dagegen ist der § 15 des Bundesgesetzes dadurch überflüssig geworden, daß im ganzen Bereiche des Deutschen Reiches nach Einführung der Konkursordnung die Rechtsverschiedenheit beseitigt ist, welche der § 15 voraussetzt.

Sonach dürfte der Entwurf dahin zu ändern sein:

§

Das im Deutschen Reiche eröffnete Gemeinschuldverfahren äußert in Bezug auf das sämmtliche im Deutschen Reiche befindliche Vermögen des Gemeinschuldners seine Wirkung.

Auch dem Gemeinverwalter stehen überall im Gebiete des Deutschen Reiches die Befugnisse zu, welche ihm das Gesetz beilegt.

§

Ein Gemeinschuldverfahren über das im Deutschen Reiche befindliche Vermögen eines Ausländers findet statt

u. s. w. wie im § 216 des Entwurfes.

IV.

Ein zwischen mehreren Miterben oder dem überlebende gütergemeinschaftlichen Ehegatten und den Erbe abgeschlossener Erbvergleich, durch welchen eine derselben ein Nachlaßgrundstück übereignet wir ist ein Akt der freiwilligen Veräußerung im Sinn des § 1 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 über Eigen thumserwerb an Grundstücken.

Von Herrn Kreisrichter Förster in Preuß.-Stargardt.

Der § 2 des Gesetzes über Eigenthumserwerb an Grundstücken i insofern für den Verkehr lästig, als er das gleichzeitige Erscheinen de eingetragenen Eigenthümers und des neuen Erwerbers vor dem zu ständigen Grundbuchamte verlangt. Ganz besonders lästig ist dies gesetzliche Bestimmung für das Publikum in solchen Fällen, in dene auf der einen oder anderen Seite der Kontrahenten eine Mehrheit vo Personen, welche womöglich verschiedene Wohnsitze haben, vorhande ist. Mit dem Publikum hat der Vormundschaftsrichter zu leiden, de dafür zu sorgen hat, daß die beim Erbrezesse betheiligten Persone zur Abgabe der Auflassungserklärung vor dem betreffenden Grund buchamte erscheinen. Es ist daher leicht erklärlich, daß von verschie denen Seiten gleichzeitig die Frage aufgeworfen worden ist, ob nich wenigstens in dem Falle, wenn bei Erbtheilungen das Eigenthum des Nachlaßgrundstückes einem der Miterben oder dem überlebende Ehegatten überwiesen worden ist, von der Auflassung abgesehen wer den könne. In neuerer Zeit ist denn auch mehrfach die Ansicht auf gestellt worden, daß es in solchen Fällen der Auflassung nicht bedürf und einzelne — wohl nur wenige — Grundbuchämter haben dies Ansicht adoptirt und tragen Eigenthum auf Grund des Erbrezesses

...bst Erbbescheinigung) ein. So bequem dies auch für das betheiligte Publikum sein mag, muß doch behauptet werden, daß dergleichen ...tragungen kein Eigenthum geben, daß vielmehr Erbrezesse stets ...te der freiwilligen Veräußerung im Sinne des § 1 des Gesetzes ...m 5. Mai 1872 sind.

Die entgegengesetzte Ansicht wird vornehmlich vertreten:

1. von John: Erörterungen einiger praktischen Fragen aus dem preußischen Grundbuchrechte, S. 6 ffg.
2. von Achilles: Die preußischen Gesetze über Grundeigenthum u. s. w. Aufl. 2, in den Anmerkungen zu §§ 1 und 5 des Gesetzes;
3. vom Appellationsgerichte zu Marienwerder in einem Plenarbeschlusse vom 23. September 1873.

John unterscheidet bei Entscheidung vorliegender Streitfrage zwei ...älle, nämlich denjenigen, in welchem der Nachlaß nur aus einem ...undstücke und denjenigen, in welchem der Nachlaß aus einem Inbegriffe von Sachen und Rechten besteht. Für beide Fälle kommt ... zu dem Resultate, daß es zur Uebertragung des Eigenthumes an ...m Nachlaßgrundstücke an den Miterben der Auflassung nicht bedürfe. ...r den letzteren Fall erreicht John dieses Resultat durch Adoption ...r in den Beschlüssen vom 17. Dezember 1841 und 14. Januar 1842 ...d im Plenarbeschlusse vom 16. März 1857 niedergelegten Ansicht ...s Obertribunals, wonach dem einzelnen von mehreren Miterben ...ährend der Dauer ihrer Gemeinschaft ein bestimmter, verhältnißmäßiger Antheil an jedem einzelnen Nachlaßstücke als sein besonderes ...igenthum nicht zustehen soll, sondern nur ein Miteigenthum an der ...rbschaft, als einer universitas juris.

Für den ersten Fall erreicht John das gedachte Resultat durch ...ufstellung des (wohl nicht oft aufgestellten) Satzes:

„Miteigenthum an einem Grundstücke ist kein Eigenthum, sondern nur ein Recht an dem Grundstücke."

Nur zur Uebertragung von Eigenthum an Grundstücken sei — deduzirt John weiter — die Auflassung erforderlich, Rechte dagegen ...werbe man durch Cession. Zur Uebertragung von Miteigenthum ...ei auch nach dem früheren Rechte Tradition nicht erforderlich, ja ...icht einmal denkbar (!) gewesen.

Achilles motivirt seine Ansicht, daß es der Auflassung in dem hier ...u besprechenden Falle nicht bedürfe, mit der Behauptung, daß der

abtretende Miterbe sein Miteigenthum derelinquire, daß bei dem M eigenthum nur der Wille des abtretenden Miterben resp. Mitei thümers aus der gemeinsamen Sache gezogen werde, so daß sein theil dem anderen Miterben resp. Miteigenthümer zuwachse. A dieses ist bekanntlich auch vom Obertribunal (cfr. Schlesisches Ar Bd. II, S. 1 ffg. und Entscheid. Bd. 40, S. 127) und von K (cfr. Schlesisches Archiv loc. cit. und Note 1 zu § 1, Tit. 11, Thl A. L.-R.) behauptet worden.

Das Appellationsgericht zu Marienwerder endlich hat in d ausgeführten Beschlusse sich über die vorliegende Streitfrage dahin a gesprochen,

> daß es sich, wiewohl es die obwaltenden Zweifel nicht verken doch dafür entschieden habe, daß — sofern nicht die Miterb im Grundbuche eingetragen sind — die Auflassung nicht no wendig sei, und zwar weil von der Annahme auszugehen daß hierbei der § 1 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 über d Eigenthumserwerb nicht vorliege und die von den Miterben der Nachlaßregulirung bewirkte Ueberweisung des Grundstück des Erblassers an einen Erben in Anrechnung auf dessen E theil von den sonstigen Fällen des Eigenthumsüberganges wes lich verschieden sei.

Dieser Beschluß entzieht sich der Besprechung, da die Grün nicht angegeben sind, dieselben sich auch nicht errathen lassen.

Die Begründung, welche John seiner Ansicht angedeihen läßt, zwar gründlich, dürfte aber durchweg unrichtig sein. Zunächst ka nicht zugegeben werden, daß für die hier interessirende Frage zu unt scheiden sei, ob zum Nachlasse nur ein Grundstück oder neben d Grundstücke noch andere Sachen gehören. Es ist von Förster (Theo und Praxis des preußischen Privatrechtes Bd. IV, S. 298 ffg.) so von Göppert und Gruchot (in den daselbst zitirten Werken) überz gend nachgewiesen worden, daß das vom Obertribunal aufgestel „Dogma", nach welchem dem einzelnen Miterben ein bestimmter v hältnißmäßiger Antheil an jedem einzelnen Nachlaßstücke als sein l sonderes Eigenthum nicht zustehen soll, weder im gemeinen noch preußischen Rechte seine Begründung finde, daß vielmehr jedem Erb ein seinem Erbantheile entsprechender Antheil an jeder einzeln Nachlaßsache als Sondereigenthum zustehe. Die Aufführung der v Förster a. a. O. gegen jene Ansicht erbrachten Gründe kann bei d

weiten Verbreitung des zitirten Werkes füglich unterbleiben. Eine neue Begründung der gegnerischen Ansicht hat John nicht gegeben. Nach den neueren Forschungen wird also anzunehmen sein, daß der einzelne Miterbe stets einen seiner Erbquote entsprechenden Antheil an jeder Nachlaßsache als Eigenthum erwirbt, und daher wird die von John gemachte Unterscheidung zu verwerfen sein. Beide Fälle sind gleich zu behandeln.

Die fernere Ansicht John's, daß Miteigenthum an einem Grundstücke kein „wirkliches" (?) Eigenthum, sondern nur ein Recht an dem Grundstücke sei, dürfte ganz neu sein. Nur Girtanner hat einmal (in Gerber und Ihering's Jahrbüchern Bd. III, S. 261) etwas Aehnliches behauptet, indem er das Miteigenthum für einen außerordentlichen, regelwidrigen Zustand erklärte. Seine Ansicht, die aber erheblich vorsichtiger ist als die John's, hat nirgends Beifall gefunden. — Das Eigenthum kann zwar allerdings seinem Begriffe nach nicht gleichzeitig Mehreren an derselben Sache ungetheilt zustehen; dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß eine Sache sich gleichzeitig zu intellektuellen Theilen im Eigenthum mehrerer Personen befindet. Bei dem Miteigenthum steht jedem Miteigenthümer das Eigenthum an der ganzen Sache zu seiner Quote zu. (cfr. Arndt's Lehrbuch der Pandekten, 4. Aufl. § 133 S. 196 und lex. 5, § 15 Dig. XIII, 6 in den Worten: „nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium"). Diese scheinbar verständlichen Sätze sind im römischen, gemeinen und preußischen Rechte bisher stets anerkannt worden. Der von John, S. 7 a. a. O. für seine Ansicht angezogene § 4, Tit. 17, Thl. I A. L.-R. bezeichnet das Recht der Theilnehmung an der gemeinschaftlichen Sache als das besondere Eigenthum des einzelnen Miteigenthümers und sagt damit gewiß nichts von den richtigen Anschauungen über Miteigenthum Abweichendes. Im Uebrigen kann auch hier auf die Darstellung in Förster's Theorie und Praxis Bd. III, S. 266 ffg. verwiesen werden. Weil das Miteigenthum ganz gewöhnliches Eigenthum ist, bedurfte es zum Erwerb desselben (durch ein Rechtsgeschäft) nach früherem Rechte der Tradition, welche beim Miteigenthum keineswegs „undenkbar" ist. Es bedarf beim Miteigenthum freilich keiner körperlichen Besitzergreifung, sondern es genügt, wenn eine justa causa den animus possidendi wirksam macht. Es liegt dann der Fall des § 59 Tit. 7, Thl. I A. L.-R. und ein dem § 70 ibid. analoger Fall vor.

(brevi manu traditio. cfr. Wächter Beilage 42 zu seinen Pandekten-Vorlesungen und Förster a. a. O. 1. Aufl. Bd. II. S. 105 Note 6). Uebrigens verkennt auch Koch die Natur des Miteigenthums keineswegs, sondern hält die Uebergabe beim Miteigenthum für erforderlich (cfr. Note 64 zu § 103 Tit. 17 Thl. I. A. L. Rs.)

John und Achilles treffen in der Behauptung zusammen, daß die Ueberlassung des Nachlaßgrundstückes an einen oder mehrere Miterben nicht unter den Begriff einer freiwilligen Veräußerung falle. Beide folgen hierin den Ansichten Koch's (Note 1 zu § 1 Tit. II. Thl. I. A. L.-Rs.) und des Obertribunals (Schlesisches Archiv Bd. II. S. 1—28, Entscheid-Bd. 40 S. 127), nach welchen der Ausscheidende dem Zurückbleibenden Raum machen und, wenn alle bis auf Einen aus der Gemeinschaft austreten, dieser Eine vermöge des Accrescenzrechtes Alleineigenthümer bleibe. Auch diese Ansichten sind von Förster a. a. O. Bd. III. S. 256 ff. mit überzeugenden Gründen widerlegt, namentlich ist daselbst mit Recht darauf aufmerksam gemacht, daß auf dem Gebiete des Eigenthums resp. Mietheigenthums ein Accrescenzrecht völlig unbekannt ist. Auch von einer Dereliction des ausscheidenden Miterben resp. Miteigenthümers kann nicht die Rede sein; denn, wenn ein Miteigenthümer resp. Miterbe dem anderen sein Miteigenthum überlassen will, so muß er doch immer seinen Willen, sich des Mitbesitzes entschlagen zu wollen, erklären (f. §§ 59 und 70 Tit. II. Thl. I. A. L.-Rs.). Diese Willenserklärung kann allerdings in der Abtretung stillschweigend enthalten sein; das ändert aber an der Sache nichts. Offenbar ist ein solches Aufgeben des Miteigenthums zu Gunsten eines Anderen stets ein Rechtsgeschäft, und zwar eine freiwillige Veräußerung. Dieses hat das Appellationsgericht zu Breslau in den im Schlesischen Archiv Bd. II. S. 1. ff. mitgetheilten Fällen dem Obertribunal gegenüber mit Recht festgehalten. John hat übrigens seine Ansicht nicht consequent durchgeführt, denn er spricht S. 8 a. a. O. davon, daß der Miteigenthümer sein Recht (Theilnehmungsrecht) abtrete. Auch eine Cession wird man als eine Veräußerung (freilich nicht einer Sache, sondern eines Rechtes), und zwar als eine freiwillige Veräußerung aufzufassen haben. Koch dagegen leugnet consequent, daß irgend eine Veräußerung vorliege, giebt dagegen — wie schon gesagt — zu, daß es der Tradition bedürfe.

Es ist vorstehend bei Besprechung der gegnerischen Ansichten ein besonderes Gewicht auf die in „Theorie und Praxis“ niedergelegten

Ansichten Försters gelegt. Das ist nicht ohne Grund geschehen. Abgesehen davon, daß seine hier interessirenden Ansichten wirklich auf überzeugende Gründe gestützt sind, sind sie für Entscheidung der vorliegenden Frage deshalb maßgebend, weil Förster die Gesetze vom 5. Mai 1872 bekanntlich redigirt hat. Man wird daher in dieselben nicht theorethische Anschauungen hineintragen dürfen, deren Widerlegung gerade er sich zur Aufgabe gemacht hatte.

Nach Widerlegung der gegnerischen Ansichten ist nunmehr an die Beantwortung der Frage, ob die Auflassung in dem hier besprochenen Falle nothwendig ist oder nicht, zu gehen. Das hierzu nöthige Material bieten:

a. § 1 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 über Eigenthumserwerb, dahin lautend:

„Im Falle einer freiwilligen Veräußerung wird das Eigenthum an einem Grundstücke nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges in das Grundbuch erworben."

b. Die Motive zum Grundeigenthumserwerbsgesetze. Die hier interessirenden Stellen lauten:

„Die Auflassungs- und Eintragungstheorie hat, wie im § 1 des Entwurfes bestimmt ausgedrückt ist, ihre Beziehung im Rechtssystem nur auf die Fälle, wo das Eigenthum in Folge einer freiwilligen Veräußerung übergeht, d. h. in Folge eines Rechtsgeschäftes zwischen dem bisherigen Eigenthümer und dem neuen Erwerber. Es bleiben außerhalb dieser Theorie diejenigen Fälle des Erwerbes stehen, in denen sich derselbe nicht als die Folge eines Rechtsgeschäftes der Parteien, sondern in Folge von Ereignissen vollzieht. Hierher gehört nach dem Grundsatze des Preußischen Rechtes der Eigenthumserwerb durch Erbgang. Hierher gehört ferner der Eintritt in die eheliche Gütergemeinschaft. . . Es gehören hierher aber noch die Fälle, wo nicht nothwendig der Eigenthumserwerb sich außerhalb einer Auflassung vollzieht, die bestehende Gesetzgebung aber ihn an Ereignisse knüpft, die nicht Handlungen der Parteien selbst sind, nämlich die Enteignung, die gerichtliche Zwangsversteigerung, die Landabfindungen bei Ablösungen von Reallasten, die gutsherrlich-bäuerlichen Eigenthumsregulirungen, die Gemeinheitstheilungen."

(cfr. Werner, „die Preußischen Grundbuch- und Hypothekengesetze" Bd. II. S. 17 und 18.)

Der in den Motiven in Bezug genommene § 1 des Entwurfes lautet bis auf einige hier unwesentliche Worte ebenso wie im Gesetze (cfr. Werner a. a. O. Bd. I. S. 9). Diese Bestimmungen erscheinen so klar, daß es gar keiner weiteren Ausführung, daß ein Erbreceß ein Rechtsgeschäft, eine freiwillige Veräußerung im Sinne des § 1 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 sei, zu bedürfen scheint. Noch unzweifelhafter geht dieses hervor aus den Bemerkungen Förster's in seinem Werke: „Preußisches Grundbuchrecht" S. 96, wonach als Fälle einer nicht freiwilligen Veräußerung im Sinne der §§ 1 und 5 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 nur solche anzusehen sind, in denen:

1. eine Auflassungserklärung nicht mehr möglich ist, weil der eingetragene Eigenthümer nicht mehr lebt,
2. der Erwerb sich durch außerhalb des Willens des eingetragenen Eigenthümers liegende Ereignisse vollzieht,
3. oder endlich der Erwerb gegen den Willen des eingetragenen Eigenthümers bewirkt wird.

Hiermit ist die Reihe der Fälle, in denen es zum Eigenthumserwerbe keiner Auflassung bedarf, aber auch geschlossen. Es bleibt nur noch zu bemerken, daß der Erbfall für die Miterben eine unveränderte Fortsetzung des Eigenthums des bisher eingetragenen Eigenthümers bewirkt (cfr. Förster a. a. O.), um — wohl ohne Widerspruch befürchten zu dürfen — behaupten zu können, daß die in einem Erbrecesse geschehene Uebereignung des Nachlaßgrundstückes an einen Miterben sich unter keinen derjenigen Fälle subsumiren läßt, in denen es nach § 5 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 keiner Auflassung bedarf. Die Auflassungserklärung ist in dem besprochenen Falle nicht unmöglich und man wird die in einem Erbrecesse geschehene Uebereignung des Nachlaßgrundstückes an den Miterben auch nicht als ein von dem Willen des Interessenten unabhängiges oder demselben gar entgegenstehendes Ereigniß auffassen können. Die Uebertragung des Eigenthums am Nachlaßgrundstücke an einen Miterben ist also eine freiwillige Veräußerung im Sinne der §§ 1 und 5 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 und es ist daher nach § 1 cit. die Auflassung erforderlich. Dasselbe gilt auch von anderen Arten des Miteigenthums sowie für den Fall, wenn Miteigenthümer ein Grundstück reell theilen (f. Bahlmann „das Preußische Grundbuchrecht. 2. Ausg. S. 28 Anm. 12).

Da die Eintragung ohne Auflassung kein Eigenthum giebt, werden diejenigen Grundbuchämter, welche die gegnerische Ansicht acceptirt haben, gut thun, die Auflassungserklärungen überall nachholen zu lassen.

Zum Schlusse sei noch erwähnt, daß, da die Auflassungserklärung auch durch Bevollmächtigte geschehen kann, der den Receß aufnehmende Richter es in der Hand hat, sich und das Publikum gegen die strenge Vorschrift des § 2 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 zu schützen.

Literatur.

1.

Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. Eine germanistische Studie von Dr. Heinrich Siegel, o. ö. Professor des deutschen Rechts an der Wiener Universität, wirklichem Mitglied der kaiserlichen und korrespondirendem Mitglied der königlich bayerischen Akademie der Wissenschaften. Berlin 1873. (Verlag von Franz Vahlen. 159 S.)

Abweichungen des deutschen Rechts vom römischen in der innern Structur von Rechtsverhältnissen, die beiden Rechten bekannt sind, ausfindig zu machen und in Rechtssätze zu fassen, hat, seit es eine germanistische Jurisprudenz giebt, zu den schwierigsten Aufgaben dieser gehört; das jedenfalls anerkennenswerthe Streben, solche Divergenzen festzustellen, aber auch die Schwierigkeit, dies am rechten Orte und richtig zu thun, steigert sich, wenn die zu erklärenden Rechtsverhältnisse theils durch prinzipmäßiges Recht, theils durch Ausnahmerecht — und zwar in beiden Rechten — geregelt werden: gar nahe liegt nämlich alsdann die Versuchung, die Singularität des einen Rechtssystems als Prinzip des andern in den Vordergrund zu stellen, obwohl sie vielleicht auch in letzterem nichts Anderes, als Singularität sein soll, auf welche nimmermehr im Rechtsgebäude zu fundiren ist. Daß in gewissen Fällen ein einseitig gegebenes Versprechen schon vor der Annahme verpflichtet, nämlich eine bestimmte Frist hindurch nicht zurückgenommen werden darf, kann als ausnahmsweise geltender Satz sowohl des römischen als des deutschen Privatrechts bezeichnet werden, beschränkt auf jene bestimmten Fälle; und wenn auch deren Zahl durch das Verkehrsbedürfniß und die demselben dienenden Institute vermehrt werden kann, so wird dadurch noch nicht die Ausnahme zur Regel; denn der letzte Gegensatz ist kein numerischer, sondern durch die Qualität des Inhalts bestimmt; die Regel ist — wissenschaftlich — nicht das der Zahl nach Ueberwiegende, sondern das den Grundprinzipien des Rechtssystems Homogene und Harmonische.

Die vorliegende Schrift faßt den Satz: — das Versprechen als einseitiger Dispositionsakt verpflichtet, — als eine Regel des deutschen Rechts auf, wodurch dieses in einen prinzipiellen Gegensatz zum römischen Recht trete. Demnach werden die römische stipulatio, diese als Typus des römischen Vertrags betrachtet, und der deutsche Vertrag als Gegensätze behandelt (§. 1.) und dem Bedürfniß wie dem Wesen der „Annahme" im deutschen Recht eine sehr untergeordnete Rolle zugewiesen (§. 2). Als folgenreich wird der Unterschied zwischen der Verpflichtung, ein Versprechen zu halten und der, das Versprochene zu leisten bezeichnet (§. 3.) und als umfassende Ausnahme von der ersten Verpflichtung für das ältere Recht, das Reue-

recht des Versprechenden behauptet (§. 4), welches — bei einer Zulässigkeit auch dem angenommenen Versprechen gegenüber — die Herrschaft des Disponenten über eine Disposition beweisen und den Einwand der Widerruflichkeit des Versprechens beseitigen, d. h. auf bestimmte Verhältnisse, in denen angenommenes und nicht angenommenes Versprechen sich gleich stehen, reduciren soll. Ist das Reuerecht nicht oder nicht mehr auszuüben, so verpflichtet das Versprechen zum Worthalten (präparatorischer oder provisorischer Charakter der Verpflichtung) und zur Erfüllung des Versprechens (des definitiv Gewollten), und zwar Beides „ohne konkurrirende Thätigkeit des Berechtigten“: denn „wie das Recht festsetzen kann, daß ein Versprechen zurückgenommen werden könne trotz seiner Annahme, so kann das Recht auch bestimmen, daß ein Versprechen gehalten werden müße, obwohl eine Annahme desselben nicht stattgefunden“; die Bedürfnisse des Verkehrs „aus welchen und nach welchen der zeugende Factor das Recht gestaltet“, sind allein maßgebend (§§. 5. 6.) Ein zweiter Abschnitt hat sodann die Aufgabe, die einzelnen Versprechen, welche im Rechte trotz ihrer Einseitigkeit für verbindlich erklärt worden sind, zu erörtern und die Gründe ihrer Verbindlichkeit zu entwickeln. Diese verpflichtenden Versprechen sind: die Vertragsofferte an Abwesende (§. 7), und mit einer Bedenkzeit (§. 8), das sog. hinkende Geschäft (§. 9), das Steigerungsgebot (§. 10), die Auslobung (§. 11), die Schuldverschreibung zu Gunsten eines Inhabers (§. 12), das Wechselaccept (§. 13) und das Schuldversprechen zu fremden Handen (§. 14).

Die von Siegel behauptete Divergenz des deutschen und römischen Rechts wird zum Theil erklärlich aus seiner Auffassung des römischen Vertragsbegriffes; entfernt man aber das Antiquirte und die Betonung des Unwesentlichen in letzterer, so fällt der Unterscheidungspunkt und damit die Unterscheidung; die Stipulatio ist antiquirt und im justinianischen Recht längst nicht mehr der Typus aller Verträge; damit ist die Zusammensetzung des Vertrags aus Anfrage (des zu Berechtigenden) und Zusage als Nothwendigkeit verschwunden; andererseits kann in dem Zustandekommen des Vertrags aus Angebot (des zu Verpflichtenden) und Annahme nichts dem deutschen Rechte Eigenthümliches gefunden werden, da dasselbe auch im römischen Verkehrsleben ebenso möglich und gebräuchlich war; römischrechtliche Bestimmungen wie L. 1. §. 2. 3. 4. D. 2. 14. L. 3. pr. D. 50. 12. („offerentis“) u. a. passen zum Vertragsbegriffe der Deutschen wie der Römer. Wer die Initiative ergreift, muß juristisch gleichgültig sein; wie könnte man ihr bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen rechtliche Bedeutung beilegen? Auch beim Schenkungsvertrag ist die Initiativrolle juristisch gleichgiltig; der (nachher) Beschenkte kann das Geschäft mit einer Annahmeerklärung (z. B. Bitte) einleiten. Die Ausdrücke, mit welchen Siegel allgemeinhin das römische Vertragsrecht vom deutschen unterscheiden will (S. 4, 22, 27.) stellen nichts juristisch Faßbares dar. Gegenüber der Ansicht (S. 21. N. 1), „daß die Vorstellungen von einem Binden, Band oder von einer Gebundenheit in den gleichen Verhältnissen den Deutschen fremd waren“ („gebunden und damit der Freiheit beraubt wurden nur Missethäter, unter gewisse Voraussetzungen auch wohl nur zum Schein mit einenm Faden oder Strohhalm“ u. s. w.) dürfte der Hinweis auf die Ausdrücke „wet“ (Weidenband) und êwa, êa (Bund, Band) für Gesetz, Recht (ganz im Sinne von vinculum juris) nicht werthlos sein; vergl. Grimm Rechtsalt. S. 417. Wörterb III. 39. Mit der Aufstellung, daß „die

Deutschen den Hauptnachdruck auf die vom Schuldner übernommene Verbindlichkeit legen" (S. 4) hängt auch die Opposition gegen die Idee einer Rechtsübertragung im (verpflichtenden) Versprechen zusammen. (S. 9. u. a.) Und doch liegt jene Uebertragungsidee gerade einer Theorie, welche von dem Erforderniß der Annahme zur Bindung absieht, näher als der verworfenen „Vertragstheorie", auch das Reuerecht, welches Siegel ausführlich behandelt, führt zu dem Bilde der Rechtsübertragung, da es nichts Anderes ist als die Gestaltung einer „Zurücknahme" (S. 80 u. a.) und von einem Zurücknehmen doch wohl nur dann gesprochen werden kann, wenn vorher etwas „hingegeben", „übertragen" wurde, sei es auch im „Wollendürfen".

Allerdings weicht das deutsche Vertragsrecht von dem der Römer ab: Kraft festen Gewohnheitsrechts sind die formlosen Verträge als giltig erklärt; aber dabei wird von der Annahme des Versprechens nicht abgesehen und objektiv ist diese Annahme nichts Anderes als die des römischen Rechts, während in Bezug auf das Subjektive derselben sich mit einer seit dem X. Jahrhundert nachweisbaren Stetigkeit der — von Siegel übersehene — Satz erhalten hat, daß der Acceptirende nicht nothwendig der durch das Versprechen zu Berechtigende ist, m. a. W.: daß die Acceptation den Versprechenden zu Gunsten eines Dritten mit dem Erfolge verpflichten kann, daß der Dritte daraus direkt berechtigt wird. Das Wesen des Vertrages wird durch diese Spaltung des Persönlichen in der Annahme nicht alterirt, das einseitige Versprechen (ohne Annahme) als Verpflichtungsgrund aber freilich prinzipmäßig negirt.

Die erwähnte Abhandlung über das Reuerecht, (§. 4) in welcher sehr Verschiedenartiges zusammengestellt und unter Anderem auch der in Art. 319 Abs. 2 d. D. H. G.-B. gestattete Rücktritt als Anwendung des Reuerechts erklärt wird (S. 39. 41) (während das Gesetz hier lediglich die Perfection der Erklärung behandelt und die Frage: wann gilt die Offerte als abgegeben und wie lange als bindend? beantwortet), steht in keinem innern Zusammenhang mit dem übrigen Inhalte der Schrift. Man müßte denn wirklich den Schluß ziehen wollen: weil man sogar von einem acceptirten Versprechen (einem Vertrage) mitunter zurücktreten kann, die Annahme also (häufig) nicht die Wirkung hat, die Gebundenheit zu fixiren, so ist die Annahme überhaupt unnöthig und das einseitige Versprechen für sich allein schon bindend, ein Schluß der nach logischen Grundsätzen entschieden verwerflich wäre. Anders läge die Sache, wenn der Verfasser nachgewiesen haben würde, daß der Rücktritt vom einseitigen, noch nicht angenommenen Versprechen stets, — aber stets nur durch Aufopferung des Reugelds möglich gewesen wäre. Aber dem ist nicht so: Gottespfennig und Weinkauf u. s. w. haben in den von Siegel angeführten Beispielen nirgends diese Bedeutung; von einem vorausgegangenen rein einseitigen Handeln ist nirgends die Rede, der Kaufvertrag ist regelmäßig abgeschlossen, ehe von einem Reuerecht gesprochen werden kann. Auch ist noch nicht bewiesen, daß das Reuerecht sich gemeinrechtlich von selbst verstand; (vergl. Siegel selbst S. 59) es mußte paktirt oder durch das positive Recht (als präsumtiv von den Parteien gewollt oder als zwingendes Recht) statuirt sein. Ein allgemein zustehendes Reuerecht und die bekannten, oft wiederholten Worte des Freiburger Stadtrechts von 1520 (Ulrich Zasius und Siegel S. 26 Note,) passen schlecht zu einander. Und daß der Weinkauf nicht erst in einer der

Reception des römischen Rechts nachfolgenden Periode die veränderte Bedeutung erhielt, wovon Siegel S. 36—37 spricht, scheint der Verfasser selbst anzunehmen, wie sich aus dem Citat von Purgoldt's Rechtsbuch (... „wan dith ist eyn gezcugnisse eynes bestendigen kouffes.") Seite 30 und Note 11 daselbst ergiebt.

Der Satz, daß das einseitige Versprechen schlechthin schon bindende Kraft habe, wird nicht blos durch die Deduktionen über das Reuerecht nicht bewiesen, sondern auch durch die übrigen rechtshistorischen Ausführungen nicht; das einheimisch deutsche Obligationenrecht war sicher die unentwickelste Partie der deutschen Rechtssysteme, die Obligation in der Naturalwirthschaft überhaupt von untergeordneter Bedeutung und seltenerem Vorkommen, daher der Verpflichtungsmodus bis zur Reception des römischen Rechts schwerfällig und complicirt, daher die Mitwirkung der Salmannen, der Volksversammlung, des Richters, des Frohnboten u. s. w. Wo ein solcher Apparat zur Entstehung der gewollten Verbindlichkeit in Bewegung gesetzt werden muß, kann doch wohl von einer einseitigen Kreation der Verpflichtung nicht gesprochen werden. Wie würde sich sonst die Funktion des Salmannes und der übrigen „ad adstringendam promissoris fidem" zugezogenen Personen erklären lassen? (Die näheren Nachweise sind ausführlich zu finden in meinen „Verträgen zu Gunsten Dritter", namentlich §. 18. S. 60., §. 20. T. u. Note 3. S. 68., §. 36 und §§. 55—58.)

Auch die von einem allgemeineren Standpunkte aus versuchte, so zu sagen rechtsphilosophische Begründung der einseitigen Verpflichtungserzeugung kann nicht als stichhaltig bezeichnet werden; die Limitation, welche Siegel (S. 48) selbst setzt, („falls nur die Voraussetzungen eines Schuldverhältnisses, wozu immer ein Berechtigter gehört, vorhanden sind") ist die eigene Anerkennung innerer Unhaltbarkeit des Kreationsdogmas. Die Deliktsobligationen beweisen allerdings „daß aus dem Wesen des Schuldverhältnisses die Nothwendigkeit der Mitwirkung des Berechtigten zu seiner Entstehung nicht abgeleitet zu werden vermag"; aber die Bezugnahme auf die Deliktsobligation ist eine Diversion, durch welche die Diskussion von ihrem Gegenstande entfernt wird; denn das Rechtsgeschäft ist allerdings etwas Anderes als das Delict, wenn auch das fertige Resultat beider, die Obligation, wesentlich gleichbeschaffen sein mag; daß das Delict als Quelle von Schuldverhältnissen anders als das Rechtsgeschäft beurtheilt werden muß, erhellt schon aus der Ungiltigkeit des pactum de dolo non praestando: das Recht behält sich seine Reaction gegen den Rechtsbruch absolut vor, von einer Acceptation des Verletzten ist schon um deßwillen keine Rede, weil ja der Delinquent keine Offerte an ihn richtet, kein Versprechen abgiebt. Die Verknüpfung des Ersatzanspruches u. s. w. mit der Person des Verletzten ist zunächst That des objektiven Rechts, der lex cogens (prohibens), die Deliktsobligation kann darum in gewissem Sinne stets als obligatio ex lege angesehen werden, bei welcher eine Acceptationshandlung oder dergleichen absolut undenkbar ist. Während die Handlung des Offerenten eine Einschränkung seiner Rechtssphäre und eine Ausdehnung der Rechtssphäre des Nichthandelnden einleitet, maßt sich die Handlung des Delinquenten eine Ausdehnung der eigenen Rechtssphäre, eine Einschränkung der fremden Rechtssphäre an, und gegen dieses Unterfangen tritt die Reaction des objektiven Rechts mit der Deliktsobligation automatisch auf. Die Verknüpfung mit einem Berechtigten geschieht trotz alledem nicht ohne Bethätigung desselben: in dem

— vielleicht längst vorhergegangenen — Erwerben und im fortgesetzten Haben des nun verletzten Rechts liegt das subjektive Element, die Cooperation auf der dem Verpflichteten entgegengesetzten Seite; die automatische Reaction des Rechts im Falle der Verletzung ist die langhinwirkende Consequenz der Anerkennung des Rechtserwerbs, insbesondere der Anerkennung des Defensivcharakters desselben. Aus dieser Beschaffenheit des objektiven Rechts in dieser Richtung folgt für die Qualität des Erwerbs aus Rechtsgeschäften gar Nichts.

Der Cardinalpunkt der von Siegel aufgestellten Theorie ist in den Sätzen zu finden: „Auch im Falle eines Vertrages ist das Versprechen ein solches, daß es der freien Initiative seines Gebers entspringt“ (es kann aber doch auch der Versprechensempfänger die Initiative zum Rechtsgeschäft ergreifen? —); „die Willenserklärung des andern Theils ist nur eine accessorische und deßhalb nothwendig, weil sie der Versprechende selbst verlangt; denn hierin liegt das Besondere desjenigen Versprechens, welches sich als Vertrags-Offerte oder Angebot giebt. Wurzelt aber das Erforderniß der Annahme ebenfalls nur im Willen des Versprechenden, so entfällt jeder Grund, dem bedingungslos gegebenen Versprechen die Wirksamkeit zu versagen.“ (S. 48—49.) Die Behauptung, daß nur der Wille des Versprechenden die Cooperation des Andern zum Zustandekommen der Verbindlichkeit des Versprechens fordere, insolvirt eine petitio principii; denn das ist ja eben die Frage, ob nicht das objective Recht die Cooperation des Oblaten verlange. Die vom Verfasser im ersten Abschnitte seiner Schrift angeführten positiven Rechte fordern ausnahmslos die Acceptation zum Verbindlichwerden des Versprechens und ihre Beweiskraft kann nicht mit der Bemerkung eliminirt werden, daß sie der inneren Begründung entbehren. (S. 47.) Es könnte natürlich auch anders sein, wie das objektive Recht auch das Reuerecht allgemein statuiren oder allgemein ausschließen könnte, aber es ist nicht so, und die Arbeit des Verfassers wie auch die hier geäußerte Meinung hat nicht den Zweck, dem Gesetzgeber Vorschläge de lege ferendo zu proponiren.

Anders liegt die Sache im zweiten Abschnitt; hier steht der Verfasser auf dem positiven Rechtsboden und ist bestrebt, die einzelnen Versprechen, welche ohne Acceptationshandlung bindende Kraft haben sollen, dogmatisch an der Hand des positiven Rechts zu erklären. Hier ist ihm in Manchem beizupflichten, wenn auch gerade in der Hauptsache nicht, daß den Einzelheiten das im ersten Abschnitte entwickelte — aber nicht positivrechtlich vorhandene — Prinzip zu Grunde liege. Wäre das Prinzip als solches nachgewiesen, so würde die Theorie der „Vertragsofferte an Abwesende“ wesentlich einfacher sein und die Zurücknahme der Offerte vor Annahme sich wirklich als Reuerecht darstellen. So aber haben wir der prinzipmäßigen Entscheidung die Frage gegenüberzustellen: warum das Recht unter Gegenwärtigen ein anderes ist als unter Abwesenden? und kommen dann nur zu der Anerkennung der Nothlage, in welcher sich das Recht den Verkehrsbedürfnissen gegenüber befindet (eben weil das Prinzip fehlt), und aus welcher wir uns nur durch die Annahme eines (stillschweigend und aus Verkehrsrücksichten präsumptiv für angenommen zu erachtendes) Unterangebots (Behaftungsanerbietens) entwinden können. (Vergl. meine Verträge zu Gunsten Dritter S. 72 fg.) Die Zwangslage, in welcher sich das Recht befindet, erkennt auch Siegel S. 86, 97 u. a. an; sie wäre nicht vorhanden, wenn dem einseitigen Versprechen die Verpflichtungswirkung schlechthin folgte. In der Erörterung über die Aus-

lobung ist übersehen, daß der Auslobende zur Prämiirung nur für den Fall der Preiswürdigkeit der Leistung verpflichtet ist, und über die Schwierigkeit, daß der Nachweis gefordert werden muß, die Leistung würde von der verlangten Qualität gewesen sein, hilft auch Siegel's Theorie nicht hinweg

Die „Vertragsofferte mit einer Bedenkzeit" ist ohne die Supponirung des Creationsprinzips mittels der Annahme des Unterangebots, das einer besondern ausdrücklichen Acceptation normal nicht bedarf, zu konstruiren. (Vergl. Regelsberger, Civilrechtliche Erörterungen, Weimar 1868 S. 72 fg.) Gegen die Annahme eines Vertrags als Quelle der Verpflichtung bei Ordre- und Inhaberpapieren, ist kein neues Argument vorgebracht; der Verfasser will noch über Kuntze's Creationsdogma hinausgehen, das ihm zu nahe am Vertrage steht, indem Kuntze nach einem zweiten, wenngleich getrennten Akt zur Entstehung forderte und auch der Name „Creation" schon auf einen zweiseitigen Akt hinweise (S. 126), eine Bemerkung, die vor dem Richterstuhl der Grammatik wohl nicht bestehen dürfte. Wenn Siegel gegen Kuntze das Erforderniß einer zweiten Willensäußerung, der Erwerbshandlung oder Einwilligung des Acquirenten tadelnd verwirft (S. 127—128), so darf man ihm wohl die selbst anerkannte, bereits angeführte Limitation (S. 48) in's Gedächtniß rufen, nach welcher der Eintritt des Gläubigers von ihm nicht minder als von Kuntze*) für nöthig erachtet wird. In der gleichfalls auf ein einseitiges Versprechen fundirten Deduktion über das Wechselaccept, d. h. über Art. 21. Abs. 4, ist übersehen, daß der Ausstellung des Accepts die Präsentation vorhergeht, und daß in dieser die vorgängige Annahme des Zahlungsversprechens zu erkennen ist. Uebrigens vermißt man die scharfe Unterscheidung zwischen Wechselvertrag und Wechselvorvertrag (Vergl. Note 5 des §. 12), namentlich S. 112—113. In der Besprechung des „Versprechens zu fremden Handen" ist die Stellung und Funktion des Promissars verkannt; derselbe acceptirt wirklich (ohne die Frucht des so zu Stande gekommenen Vertrags selbst zu genießen d. h. ohne berechtigt zu werden) und deßhalb ist hier von einem einseitig schon verpflichtenden Versprechen nicht die Rede; abgesehen davon aber dürfte in diesem Paragraphen noch die Anerkennung des Rechtsverhältnisses, welches ich Collektivofferte nennen zu müssen glaube (Verträge zu Gunsten Dritter, siehe §§. 13. 14. §. 22. §. 67. 68.) als eines möglichen und thatsächlich auch vorkommenden Verhältnisses vermißt werden.

Sämmtliche einzelne Fälle, in welchen der Verfasser (§§. 7—14) die Verwirklichung des Prinzips sieht, daß nach deutschem Rechte schon das einfache Versprechen ohne Annahme die verpflichtende Wirkung habe, das Versprechen wenigstens zu „halten," wenn auch noch nicht, es zu erfüllen, lassen wie sich zeigt, auch andere Erklärungen zu. Allein zugegeben, sie involvirten Consequenzen jenes Prinzips, so ist damit noch keineswegs die anderweite Giltigkeit bewiesen. Will der Verfasser die Giltigkeit des Prinzips auf die im 2. Abschnitte besprochenen Fällen beschränken, so widerlegt er damit selbst die allgemein vorangestellten Erörterungen des ersten Abschnitts. Aus der Fassung des Uebergangs auf S. 52 muß man diese Selbstbeschränkung annehmen. Dann drängt sich aber die Frage auf, warum denn jenes Prinzip nirgends rein und lauter zum Vorschein kommt, sondern stets grade in solchen Verhältnissen,

*) Vergl. meine „Creationstheorie" 1868 S. 12—13.

wo eine acquirirende Thätigkeit des Versprechensempfängers nicht sofort und unmittelbar möglich ist, aber doch immer noch hinzukommt.

Man kann demnach des Eindruckes nicht los werden, daß es sich in all diesen Fällen um eine — ich möchte sagen: momentane — Aushilfe handelt, um eine Nothlage, in welche das Recht mitunter geräth. Es wird auch der partus conceptus nondum editus in manchen Richtungen als bereits vorhandenes Rechtssubjekt behandelt, aber darum doch nicht der Satz aufgestellt: die Persönlichkeit beginne mit der Conception, l. 9. §. 1. D. ad leg. Falc. 35. 2. und l. 1. §. 1. D. de inspic. ventre. 25. 4. Hier wie dort handelt es sich um eine Zwangslage, in welcher der Zweck des Rechts nicht mit den gewöhnlichen Mitteln, nicht mit dem gemeinen Princip der lex generalis erreicht werden kann. Ausnahmsweiser Bruch mit diesem Princip, welchen der „Zweckbegriff" rechtfertigt v. Jhering Passive Wirkungen der Rechte im Jahrb. f. Dogm. Bd. X. S. 458. ff. und Kampf um's Recht S. 21. nöthigt weder den Gesetzgeber noch die Wissenschaft nun sofort einen Systemwechsel vorzunehmen und in's Gegentheil des bisherigen Rechts umzuspringen. Das bisher geltende Recht enthält nun meines Wissens nirgends den Satz: das einseitige Versprechen verpflichtet unwiderruflich, auch vor dessen Annahme schon.

Gerne wiederhole ich das Geständniß, daß, wenn es diesen Satz enthielte, gar manches Verhältniß — das lehren uns Siegels Erörterungen im zweiten Abschnitt — eine einfachere Erklärung fände, als bei der heutigen Geltung der entgegengesetzten Regel. Was ist nun aber angesichts dieses unverkennbaren Vortheils zu thun? Vielleicht vertragen sich die beiden Sätze nebeneinander, das Postulat der Annahme für die gewöhnlichen, die einseitige Verpflichtungserzeugung für die §§. 7—14 angeführten Ausnahmsfälle? Diesem Vergleichsvorschlage steht aber entgegen, daß, wie bereits bemerkt, in allen letzteren Fällen eine acquirirende, aneignende oder ähnliche Thätigkeit des zu Berechtigenden oder eines Andern faktisch hinzukommt, welche uns zwingt, den Vertragsgedanken auch für die „Ausnahmsfälle" nicht gänzlich fallen zu lassen. Noch weniger können wir dies in Bezug auf das gewöhnliche Verhältniß der Entstehung von Obligationen aus Rechtsgeschäften; es soll hier nicht untersucht werden, ob das von Siegel ausschließlich aufgestellte Princip nicht grade für dieses, den Vertragsabschluß unter Anwesenden zumal, bedeutende Störungen des Verkehrs zur Folge haben würde. Die Supponirung, daß bloß der Wille des Versprechenden die Annahme zur Bindung fordere, und die Frage, ob in concreto ein solcher Wille vorhanden ist, würden den Samen zahlloser Prozesse, ja einer eigentlichen Rechtsunsicherheit säen. Das entgegengesetzte gemeinrechtliche Princip, welches die anderseitige Cooperation fordert und nur da, wo diese nicht sofort thunlich ist, eine Wartezeit vorschreibt oder fremde Acceptation zuläßt, entspricht dem Verkehrsbedürfnisse und den Principien des Rechtsganzen. Die Siegel'sche Schrift ist demnach als ein Versuch zu erklären, gewisse Ausnahmsverhältnisse unter einen von der allgemeinen Regel abweichenden gemeinsamen Gesichtspunkt zu stellen, der sich namentlich ob der anregenden Darstellungsweise des Verfassers empfiehlt, für die Theorie und Praxis des Rechts aber meines Erachtens nicht ohne Gefahr zu verwerthen ist. —

Bern, Januar 1874. Gareis.

2.

Zum deutschen Obligationenrecht

von Behrend.

1. Gareis, C. Die Verträge zu Gunsten Dritter. Historisch und dogmatisch dargestellt. Würzburg. A. Stuber 1873. 8. XII u. 293 S.
2. Siegel, H. Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. Eine germanistische Studie. Berlin 1873. Fr. Vahlen. *)

I.

Die in der vorstehenden Recension besprochene Abhandlung von Siegel erörtert in einem Schlußabschnitt unter der Bezeichnung: „das Schuldversprechen zu fremden Handen" die Verträge zu Gunsten Dritter. Ein deutlicher Beweis, daß das Problem, mit welchem sich dieselbe beschäftigt, in nächster Beziehung zu der Schrift des Herrn Recensenten steht, die ich oben mit ihr zusammengestellt habe. Aber auch ohne jenen Schlußabschnitt würde es auf der Hand liegen, daß eine Untersuchung über die in neuerer Zeit so vielfach discutirten Verträge zu Gunsten Dritter mit innerer Nothwendigkeit auf den Begriff des Vertrages führt, welchen Siegel durch ein neues oder eigentlich seiner Meinung nach nur neu aufgedecktes Princip mindestens theilweise verdrängen will. Die Fragen, um die es sich dabei handelt, sind von so weitgreifender Bedeutung, daß es, da ich den Standpunkt der obigen Besprechung nicht durchweg theile, gestattet sein wird, hier nochmals auf die Siegel'sche Schrift zurückzukommen und von derselben den Ausgang für die Verträge zu Gunsten Dritter zu nehmen.

Ich vermag zunächst, ebenso wenig wie Gareis anzuerkennen, daß es Siegel gelungen sei, die Verbindlichkeit des einseitigen Versprechens als allgemeines Rechtsprincip aus dem älteren deutschen Recht darzuthun. Siegel beruft sich u. A. auf einen Ausspruch von Beseler: „nach deutscher Rechtsanschauung werde mehr Gewicht auf die vom Schuldner übernommene Verbindlichkeit als auf den Anspruch des Gläubigers (die Forderung) gelegt." Allein aus diesem und ähnlichen bei Andern sich findenden Sätzen, selbst wenn man deren Richtigkeit zugiebt, folgt doch höchstens, daß das deutsche Recht eine eigenthümliche, mit der römischen nicht ganz übereinstimmende Anschauung von dem Wesen der Obligation bewahrt hat, nicht aber, daß nach demselben eine Verbindlichkeit durch bloßes Versprechen ohne Annahme entstehen kann. Treffend hat Siegel selbst darauf hingewiesen, daß die Ausdrücke: „ein Versprechen annehmen, empfangen", ursprünglich eine sinnliche Bedeutung hatten, daß sie sich bezogen auf den Handschlag, auf die Darreichung oder Zuwerfung von Symbolen, deren Anwendung bei dem formellen, mit Hand und Mund vollzogenen Versprechen üblich war und die vom Promissar entgegengenommen werden mußten. Daraus ergiebt sich aber als eine ganz unabweisliche Folgerung, daß das deutsche Recht, wenigstens bei dem formellen Versprechen, die alleinige Thätigkeit des Promittenten zur Begründung einer Verbindlichkeit nicht für ausreichend erachtete, sondern

---

*) Anm. Die beiden Schriften von Gareis und Siegel sind rasch hinter einander erschienen. Daraus erklärt sich wohl, daß das Werk von Gareis, welches zuerst das Licht der Welt erblickt hat, bei Siegel noch mit Stillschweigen übergangen wird.

eben noch eine Annahme verlangte. Gareis hat in dieser Hinsicht mit vollem Recht auf die Treuhänder oder Salmannen hingewiesen und es würden sich leicht auch noch andere Belege hierfür beibringen lassen.

Im älteren deutschen Recht würde sich mithin das Siegelsche Princip höchstens bei dem formlosen Versprechen bewahrheiten können. Wie weit reichte aber überhaupt die Macht des formlosen Willens im deutschen Obligationenrecht? Sohm hat sich neuerdings in dieser Beziehung sehr prägnant ausgesprochen:*) „Das deutsche Obligationenrecht ist ein präcises, den Anforderungen des Verkehrs entsprechendes Recht gewesen. Wir sehen ein klar gedachtes Contractssystem vor uns. Der Gegensatz der Formal-, Real-, Consensualkontrakte ist deutlich ausgebildet. Ja es muß behauptet werden, daß das deutsche Obligationenrecht durch die Reception eine wesentliche Degradation erfahren hat. Der Rechtssatz von der Verbindlichkeit auch des formlosen obligatorischen Willens ist, obgleich allgemein das Gegentheil gelehrt wird, erst durch die Reception, (d. h. auf Grund des canonischen Rechts) in das deutsche Recht gekommen.“ — Ich möchte diese Sätze zwar nicht durchweg unterschreiben, stimme aber darin völlig mit Sohm überein, daß das Dogma von der allgemeinen Gültigkeit des formlosen Willens dem deutschen Recht fremd ist. Die Erörterung Siegel's über das Reuerecht im § 4 seiner Schrift bietet Argumente dafür dar, daß selbst der Consens nicht immer das Zustandekommen eines bindenden Vertrages bewirkte. Wo sind aber die Beweisstellen für die These, daß ein bloß einseitiger, formlos geäußerter Wille verbindliche Kraft gehabt habe? Ich glaube, man wird hiernach vergebens suchen.

Es ist hier nicht der Ort, näher auf die deutschrechtlichen Quellen einzugehen. Hervorheben möchte ich nur, daß der Ausdruck gelovede (Gelübde), auf welchen Siegel Gewicht legt, keineswegs auf ein einseitiges Versprechen hinweist, sondern da, wo das Gelübde die Grundlage einer privatrechtlichen Verbindlichkeit bildet, soviel ich sehe, immer im Sinne eines von einem Promissar entgegengenommenen Versprechens zu verstehen ist. Sehr deutlich ergiebt sich dies aus einer von Siegel selbst angeführten Stelle, Sachsensp. III. 40 §. 2: Sve so penninge oder silver gelden sal, but he dar wedde vore, he n'is dar mede nicht ledich, ire gelovede ne stunde also. Hier bedeutet gelovede offenbar soviel wie Abrede, Uebereinkunft. — Vgl. auch Sachsensp. III. 85 §. 2: geloven ok vele lüde enem manne ene scult to geldene unde untvan dat gelovede mer lüde u. s. w.

Es muß hiernach wohl darauf verzichtet werden, die Verbindlichkeit des einseitigen Versprechens historisch aus dem älteren deutschen Recht zu begründen. Dagegen ist dieselbe für das heutige Recht allerdings in gewissem Umfang anzuerkennen. Siegel zeigt uns den Weg, auf welchem sich dieser Umfang näher feststellen läßt.

Er unterscheidet im ersten Abschnitt seiner Schrift eine zwiefache Verpflichtung, welche die Folge des Versprechens ist oder doch sein kann: 1) die Verpflichtung, „im Worte zu bleiben“ oder „die Gebundenheit an's Wort“ und 2) die Verpflichtung, das Versprechen zu erfüllen, das Versprochene zu leisten. — Die erste Verbindlichkeit bedeutet, „daß das Wort nicht zurückgenommen werden kann, und zwar in dem Sinne, daß eine Zurücknahme wirkungslos ist“ (S. 42.) oder wie er an einem an-

*) „Die deutsche Rechtsentwickelung und die Codificationsfrage“ in Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Bd. I. H. 2. S. 246.

deren Ort sagt, sie „erscheint nur als die Verpflichtung zu einer Unterlassung: nicht zurückzunehmen das gegebene, nicht zu widerrufen das gesprochene, nicht zu durchstreichen das geschriebene, nicht zu brechen das gestabte Wort, und zwar mit der Wirkung, daß ein Zuwiderhandeln rechtlich bedeutungslos ist.“ (S. 21.) — Die zweite Verpflichtung „stellt sich als gleichbedeutend dar mit einer Schuld oder Schuldverbindlichkeit und ist da begründet, wo dem Sollen ein Haben oder eine obligatio nach der Bezeichnung der Römer vorliegt.“ (S. 21.)

Beide Verbindlichkeiten treffen zwar regelmäßig zusammen, allein es kann doch auch eine Zweiung eintreten. Die Auslobung, die Offerte, das Steigerungsgebot erzeugen zunächst nur die Gebundenheit an's Wort, keine Verpflichtung zur Erfüllung. Bei dem Vertrage zu Gunsten Dritter ist die Verpflichtung, im Worte zu bleiben, einem Andern gegenüber begründet, als die Leistungsverbindlichkeit.

Wenn aber auch jene Gebundenheit ans Wort bisweilen gesondert hervortritt, so besteht sie doch „niemals um ihrer selbst willen, sondern stets nur zu dem Zweck, die Entstehung der anderen Verpflichtung zu ermöglichen, vorzubereiten und zu sichern. Sie ist durchaus präparatorischer Natur und trägt einen provisorischen Character, während in der anderen das definitiv Gewollte sich darstellt.“ (S. 45.)

Ihrem wesentlichen Inhalt nach, ist die in diesen Sätzen enthaltene Unterscheidung zu acceptiren; sie beruht auf einem richtigen und fruchtbaren Grundgedanken. Nur bedarf, wie mir scheint, die Formulirung desselben einer kleinen Modification. Brinz hat kürzlich in scharfsinniger Ausführung*) dargethan, daß jede Verbindlichkeit möglicherweise einen pendenten Zustand der Haftung durchmachen kann, bevor sie in ein aktuelles Leistenmüssen (die Schuld) übergeht. Dies ist offenbar der Gegensatz, den auch Siegel im Auge hat. Die Verbindlichkeit aber ist dieselbe, gleichviel ob sie sich noch im Zustand der Pendenz befindet oder bereits zur Schuld gestaltet hat. Demnach ist es nicht ganz korrekt, wenn, wie dies nach Siegel's Darstellung wenigstens den Anschein gewinnt, die Gebundenheit an's Wort und die Leistungsverbindlichkeit als zwei verschiedene Verpflichtungen einander gegenüber gestellt werden.**) Richtiger ist es, von verschiedenen Phasen ein und derselben Verbindlichkeit zu sprechen. In diesem Sinne machen wir von der Siegel'schen Unterscheidung Gebrauch. In abstracto ist hiernach sowohl die Möglichkeit vorhanden, daß das einseitige Versprechen ein sofort existentes Leistenmüssen, eine Schuld begründet, wie daß dasselbe zunächst nur einen Zustand der Gebundenheit erzeugt. Es frägt sich, in wie weit diese abstrakten Möglichkeiten innerhalb unseres positiven Rechts verwirklicht sind. Käme dem Versprechen die zuerst hervorgehobene weitergehende Wirkung zu, so würde dasselbe auf einer Stufe mit dem Vermächtniß stehen, bei welchem die Anordnung des Testators, also ebenfalls eine

*) „Der Begriff obligatio“ — in der oben angef. Zeitschr. Bd. I. H. 1. S. 11. fgg.

**) Die Gebundenheit ans Wort, wie Siegel sie construirt, ist genau genommen, undenkbar. Eine rechtliche Verpflichtung zur Unterlassung einer rechtlich bedeutungslosen Handlung kann es nicht geben, denn, wenn die Handlung bedeutungslos ist, so ist es eben gleichgültig, ob ich sie vornehme oder unterlasse. Dies ist keine bloße Spitzfindigkeit, sondern es folgt daraus, daß man überhaupt nicht in der Weise trennen darf, wie dies Siegel gethan hat. Ist das Versprechen verbindlich, so entsteht aus demselben nicht a) die Verpflichtung im Worte zu bleiben und b) die Verpflichtung

einseitige Willenserklärung den Erben zum Schuldner und den Legatar zum Gläubiger macht. Für das Gebiet des gemeinen Rechts, und meines Wissens auch der neueren Kodifikationen kann diese Wirkung indeß nur in Bezug auf die Pollicitatio zugegeben werden, wie denn auch Siegel kein weiteres Beispiel für das Vorhandensein eines derartigen Versprechens beigebracht hat. Schenkungsversprechen und Bürgschaft, auf welche er im ersten Abschnitt seiner Schrift beiläufig hinweist, werden von ihm selbst den Verträgen zugerechnet *), und in den im zweiten Abschnitt erörterten einzelnen Fällen erscheint nach seiner eigenen Darstellung lediglich der Zustand der Gebundenheit als Folge des Versprechens. Die Gebundenheit besteht darin, daß der Promittent, der das Versprechen äußert, sich desselben zugleich entäußert, es aus seiner Vermögenssphäre hinausgiebt. Für den, zu dessen Gunsten das Versprechen abgegeben ist, wird aber hierdurch noch kein Rechtserwerb, sondern nur die Möglichkeit eines solchen begründet; um diese Möglichkeit zu realisiren, ist seinerseits noch eine Erwerbshandlung erforderlich. Es ist also hier einstweilen ein Zwischenzustand vorhanden, in welchem der Promittent gebunden, aber noch keine Forderung erworben ist, oder, um ein Bild Unger's **) zu gebrauchen, in welchem der Promittent zwar das verpflichtende Band bereits um seinen Hals geschlungen und sich hierdurch gefesselt, der Gläubiger aber dieses Band noch nicht ergriffen hat.

Betrachten wir die einzelnen von Siegel angeführten Fälle näher, so ergiebt sich, daß dieselben — abgesehen von dem demnächst noch besonders zu erörternden „Schuldversprechen zu fremden Handen" — in zwei Klassen zerfallen. In den vier ersten Fällen, welche Siegel namhaft macht (Vertragsofferte an Abwesende, Vertragsofferte mit einer Bedenkzeit, hinkendes Geschäft, Steigerungsgebot) besteht die Erwerbshandlung des Berechtigten ***) in der Annahme des Versprechens. Durch die Letztere wird nicht nur die Gebundenheit zur Schuld, sondern auch das Versprechen zum Vertrage erhoben. — Die Bedeutung des Versprechens an sich läßt sich demnach in diesen vier Fällen dahin zusammenfassen, daß dasselbe den rechtlich geschützten Keim des Vertrages bildet. †) Anders liegt die Sache nach Siegels Auffassung in den drei folgenden Fällen (Auslobung, Schuldverschreibung zu Gunsten ihres Inhabers, Wechselaccept). Auch hier entsteht zwar durch das Versprechen zunächst nur der Zustand der Pendenz. Allein die Erwerbshandlung, durch welche derselbe in ein existentes Leistenmüssen verwandelt wird, ist

---

zu leisten, — sondern blos eine Verbindlichkeit: zur Erfüllung, die wie oben bemerkt im Zustand der Pendenz verharren oder sich zu einem existenten Leistenmüssen „verdichten" kann. Dies gilt namentlich von der Offerte. Sie ist nicht das Versprechen, bis zum Vertragsschluß im Wort zu bleiben, sondern ein Bestandtheil des Vertrages, also das Versprechen vertragsmäßig zu leisten, welches bis zur Annahme oder bis die Wirksamkeit der Offerte erlischt, in pendenti bleibt.

*) S. 17. fgg. Beachtenswerth sind die hier und auf den vorhergehenden Seiten über die Form der Annahme gemachten Bemerkungen, doch haben dieselben nicht den Zweck, die Vertragsnatur dieser Fälle in Abrede zu stellen. Ich komme hierauf im Verlauf dieser Besprechung noch zurück.

**) In Grünhut's Zeitschrift Bd. I. S. 362. (eine Besprechung der Siegelschen Schrift.)

***) So nenne ich hier den, der zum Erwerb berechtigt ist.

†) Der Vergleich der Offerte mit dem nasciturus (Jhering und auch Garcis), den Siegel zurückweist (S. 64.), ist mithin doch nicht so uneben.

keine Annahme; die „Anspannung" der Gebundenheit zur Schuld gründet sich mithin hier nicht auf das Zustandekommen eines Vertrages.

Ueber die Zugehörigkeit der einzelnen Fälle läßt sich streiten; daß aber die beiden eben angedeuteten Kategorien nicht nur abstrakt denkbar, sondern auch in unserem positiven Recht begründet sind, scheint mir Siegel überzeugend dargethan zu haben.

Die Bedeutung des Versprechens für das Stadium des sich bildenden Vertrages tritt am klarsten hervor bei der Vertragsofferte an Abwesende. Allen künstlichen Konstruktionsversuchen gegenüber ist daran festzuhalten, daß die Offerte vor ihrer Acceptation nur ein einseitiger Akt ist, und daß, wenn sie schon als solche für den Offerenten verbindlich ist, ihre bindende Kraft unmöglich auf einem Vertrage beruhen kann.*) Dasselbe gilt aber auch von der Offerte mit einer Bedenkzeit und von dem nur eine Abart der Offerte bildenden Steigerungsgebot.**)

Zweifelhafter ist, ob auch das hinkende Geschäft hierher gestellt werden darf. Wenn man der im gemeinen Recht herrschenden Auffassung gemäß die hinkenden Verträge als Kontrakte ansieht, welche, obwohl ihrer Natur nach zweiseitig, doch nur für einen Kontrahenten Verbindlichkeiten erzeugen, so lassen sich dieselben nicht auf das Prinzip des Versprechens zurückführen. Nach dem von den neueren Gesetzgebungen adoptirten Standpunkt der s. g. relativen Nichtigkeit kommt dagegen dieses Prinzip allerdings zur Geltung.***) Der relativ nichtige Vertrag bedarf zu seiner Gültigkeit noch der Genehmigung des einen Theils; bis zu dieser Genehmigung ist mithin gar kein Vertrag, sondern nur der Keim eines solchen vorhanden, wie bei der Offerte.

In Bezug auf die Fälle der zweiten Kategorie vermag ich der Auffassung Siegel's nur hinsichtlich der Auslobung zuzustimmen. Bekanntlich ist die juristische Konstruktion derselben ebenfalls höchst bestritten; namentlich ist streitig, ob sie als eine Vertragsofferte an eine incerta persona oder als ein bedingtes einseitiges Versprechen anzusehen ist. Im preußischen Recht ist die erste Auffassung gesetzlich sanctionirt, da hier die Aussetzung von Prämien den Verträgen über Handlungen unterstellt wird (A. L. R. Th. I. Tit. 11. §. 988 fgg.). Der Natur der Sache entspricht indeß diese Auffassung nicht und sie ist daher auch für das gemeine Recht nicht anzuerkennen. Gegen dieselbe ist namentlich der von

*) Mit dieser allgemeinen Zustimmung sollen nicht auch zugleich alle Einzelheiten der Siegelschen Erörterung gebilligt werden. Namentlich hat S. den Art. 319 d. H. G. B.'s entschieden mißverstanden. Richtig ist aber seine Ausführung im Princip und siegreich insbesondere die Widerlegung des künstlichen „Behaftungsanerbietens." — Wenn Gareis in der obigen Besprechung sich auf eine „Nothlage" der Jurisprudenz beruft, so liegt darin ein Zugeständniß der Siegelschen Auffassung.

**) Letzteres gehört natürlich nur unter der Voraussetzung hierher, daß die Versteigerung als eine „Aufforderung zur Stellung von Kaufsofferten" aufzufassen ist. Unter Umständen kann bekanntlich auch eine andere Auffassung berechtigt sein. Unger a. a. O. S. 368 fg.

***) Siegel geht freilich im Anschluß an Gruchot von einer anderen Construktion aus, S. 76 fgg. Gegen dieselbe wendet sich mit Recht Unger a. a. O. S. 367 fg. Nicht zutreffend erscheint aber der von Unger gegen S. geltend gemachte Grund, daß das Prinzip des Versprechens in diesem Fall deswegen nicht anwendbar sei, „weil die fundamentale Voraussetzung doch immer das Kontrahiren bleibt." Der relativ richtige Vertrag ist bis zur Genehmigung nur dem äußeren Schein nach ein Vertrag. Bestand oder Nichtbestand desselben ist in pendenti. — Ob auch der Kauf auf Probe von dieser Grundlage zu erklären ist, mag hier dahin gestellt bleiben.

Brinz geltend gemachte Grund durchgreifend, daß der Anspruch durch Erfüllung der von dem Auslobenden gestellten Bedingung erworben wird, auch dann, wenn der Erfüllende von der Auslobung selbst gar keine Kenntniß hatte.*) Es bedarf demnach hier zwar eines Erwerbsaktes, aber nicht, wie bei der Annahme, eines auf die Aneignung des Versprechens gerichteten Erwerbswillens. Man kann in gewissem Sinne sagen, daß der Erwerb in diesem Fall sich ipso jure vollzieht.**)

In ähnlicher Weise construirt Siegel auch die Verpflichtung aus der Inhaberurkunde und dem Wechselaccept. In Betreff der ersteren geht er zu Gunsten der Einseitigkeit des Verpflichtungsaktes noch einen Schritt über die Kuntze'sche Creationstheorie hinaus. Ein näheres Eingehen auf diese beiden Fälle würde den der gegenwärtigen Besprechung verstatteten Raum überschreiten; ich selbst kann mich weder als ein Anhänger der Siegel'schen Auffassung noch der Creationstheorie bekennen, sondern bin mit Gareis der Ansicht, daß wir in diesen beiden Fällen die Grundlage des Vertrages zu respektiren haben.

Sind die von Siegel erörterten, hier kurz vorgeführten Anwendungsfälle die einzigen, in denen sich die Kraft des einseitigen Versprechens wirksam erweist? Siegel selbst hat kaum eine erschöpfende Aufzählung geben wollen, und wenn die Pollicitatio und die Auslobung die einzigen Beispiele ihrer Art sind, so würde sich dagegen die Zahl der Fälle, in denen das Versprechen als Vorstadium des Vertrages rechtliche Bedeutung hat, wohl noch vermehren lassen. Näheren Aufschluß hierüber sollte uns die Lehre vom Zustandekommen der Verträge geben. Leider ist die Dogmatik derselben noch sehr im Rückstande; es ist zu hoffen, daß Siegel's Schrift auch in dieser Hinsicht zu einer Revision Anregung gegeben haben möge. Namentlich wird es sich dabei um den noch keineswegs genügend festgestellten Begriff der Annahme handeln. Andererseits wird freilich auch eine Frage nicht zu umgehen sein, die merkwürdiger Weise bei Siegel nicht nur unbeantwortet gelassen, sondern nicht einmal aufgeworfen wird:***) mit welchem Zeitpunkt wird die verbindliche Kraft des Versprechens begründet? Eine Verständigung über diese beiden Punkte wird, wie mir scheint, die Differenz zwischen Vertrag und Versprechen erheblich verringern.

---

*) Vgl. Siegel S. 107. „Wer das Gefundene hergiebt, die erste Kanone wegnimmt, ohne von der Auslobung zu wissen, hat unmöglich acceptirt." — Ist überhaupt erforderlich, daß die Erfüllung der Bedingung durch eine Handlung erfolge, d. h. von einem willensfähigen Subjekt ausgehe? Das ist quaestio facti oder Interpretationsfrage. Wenn ein Wahnsinniger oder ein Kind unter sieben Jahren die verlorne Sache auffindet, wird man, glaube ich, in der Regel geneigt sein, den Anspruch auf den verheißenen Finderlohn zuzubilligen.

**) Es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß die oben vertretene Auffassung sich nur auf die Auslobung bezieht und daß die Möglichkeit und Statthaftigkeit von Vertragsofferten an incertae personae hiermit nicht verneint werden soll.

***) Nur ganz beiläufig findet sich eine Hinweisung hierauf S. 142.

3.

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen, herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen von Dr. C. F. Koch. Erster Band Sechste Ausg. Nach des Verfassers Tode bearbeitet von Dr. Fr. Förster, R. Johow, Dr. P. Hinschius, A. Achilles, A. Dalcke. Berlin 1874. J. Guttentag (D. Collin.) Erste Lieferung (bis Th. I. Tit. 5. § 272).

Diese im Beginne vorliegende neue Auflage des Koch'schen Kommentars ist ein erfreuliches Denkmal der Pietät gegen den Verstorbenen sowohl seitens der Verlagshandlung wie seitens der Männer, die sich zur Bearbeitung vereinigt haben. Einen dahingeschiedenen verdienten Schriftsteller kann man nicht besser ehren, als indem man seine Werke frisch und nutzbringend erhält und dies geschieht hier durch die berufensten Kräfte. Personam defuncti sustinent. Unzweifelhaft wird es ihnen gelingen, den Koch'schen Kommentar in dem Ansehn zu erhalten, dessen er sich bisher erfreut hat, und vor dem Zustandekommen des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches wird wohl diese Auflage vergriffen, vielleicht auch schon eine neue nöthig geworden sein. Behrend.

Bibliographie.

Uebersicht der gesammten staats- und rechtswissenschaftlichen Literatur des Jahres 1873, zusammengestellt von Otto Mühlbrecht mit einem ausführlichen Register. VI. Jahrg. Berlin. 1874. Puttkamer u. Mühlbrecht. 8. 180.

Baumstark, Ad., Rechtsanw. Was ist das Recht? Mannheim. J. Schneider. 1874. 8. 34

Lex Salica, herausgegeben von J. Fr. Behrend, nebst den Capitularien zur Lex Salica, bearbeitet von Alfred Boretius. Berlin. 1874. J. Guttentag (D. Collin). 8. XXIII. 161.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Bd. XI. H. 3. Weimar. H. Böhlau. Enthält u. A.: Fitting. Ueber einige Rechtsquellen der vorjustinianischen späteren Kaiserzeit. — Hofmann. Die Zahlenspielerei in der Eintheilung der Digesten. — Schirmer. Die formlose Scheidung nach der Lex Julia de adulteriis. — Böhlau. Delation der Vormundschaft über Geisteskranke. — Bluhme. Mundschaft nach Longobardenrecht. — v. Martitz. Die Magdeburger Fragen.

Brünneck, W. von, Dr. jur. Das Recht auf Zueignung der von der See ausgeworfenen oder angespülten Meeresprodukte und das Bernstein-Regal. Königsberg i/P. W. Koch. 1874. 8. VI. 90.

Müller, L. A. Historisch-dogmatische Darstellung der Verhältnisse bei beerbter Ehe nach den bayrisch-schwäbischen Stadtrechten. Inaugural-Dissertation. Nördlingen. C. H. Beck'sche Buchhandl. 1874. 8. 50.

Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht mit besonderer Rücksicht auf Bayern. Herausg. von L. Hauser. Nördlingen. C. H. Beck. 3. Heft. Inhalt: Burchardi. Zur Lehre von der Restitution gegen gerichtliche Entscheidungen. — Roth. Testament vor Pfarrer und zwei Zeugen. — Literatur. Abhandlungen.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichtes. Herausg. von den Räthen des Gerichtshofes. Erlangen. Ferd. Encke. Bis Bd. XI. Heft 4.

Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechtes. Band XXIX. Neue Folge Bd. IV. Zugleich Fortsetzung des Central-Organs für das deutsche Handels- und Wechselrecht, sowie Fortsetzung der Wochenschrift für Handels- und Wechselrecht. Unter ständiger Mitwirkung von Anderen herausg. von F. B. Busch, Appellationsger.-Vicepräs. a. D., G. Keyser, Kreisger.-Dir. und K. Busch, Kreisger.-Rath. Berlin. C. Heymann. 1874. Heft 1—3. Inhalt: Vorwort. — Gareis. Aphorismen über die Zukunft des Handelsrechtes. — v. Kräwel. Rückkauf eigener Aktien. — Lesse. Ein Rechtsgutachten. Internationales Handelsrecht. — Ladenburg. Simulirte Indossemente. — Zimmermann. Ueber den kaufmännischen Lehrvertrag. — Rebling. Ueber Art. 402, 405, 395, 396, 421 H.-G. — Harder. Bemerkungen zur Seemannsordnung. — Derselbe. Zurückweisung eines unbegründeten Tadels der handelsrechtlichen Abhandlungen. — v. Kräwel. Die sich

widersprechenden Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichtes und des Preuß. Obertribunals. — Bezold. Zur Rechtsprechung des Reichs-Oberhandelsgerichtes in Bezug auf das Versicherungswesen. — Entscheidungen.

Koch, Dr. C. F. Allgemeines Landrecht für die Preuß. Staaten. Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen herausg. in Kommentar mit Anmerkungen. I. Bd. 6. Ausg. Nach des Verfassers Tode bearbeitet von Dr. Franz Förster, Geh. Ober-Justizrath, R. Johow, Ober-Trib.-R., Dr. P. Hinschius, ord. Prof., A. Achilles, Stadtger.-R., A. Dalcke, Ober-Staatsanw. — Berlin. 1874. J. Guttentag (D. Collin). 1. Lieferung. gr.-8. 224.

Neubauer, W., Kreisgerichts-Rath. Kontroversen aus dem Preuß. Grundbuchrecht, nach den Gesetzen v. 5. Mai 1872, und Bemerkungen zur Anwendung dieser Gesetze. Berlin. 1874. J. Guttentag (D. Collin). 8. IV. 64.

Neubauer, W., Kreisger.-Rath. Erläuterungen zur Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872, für das mit Grundbuchsachen befaßte Publikum. Berlin. 1874. J. Guttentag (D. Collin). kl.-8. 58. (Nebst Kostentabelle.)

Roßmann, K., Friedensrichter. Zu dem Entwurf eines Gesetzes über das Vormundschaftswesen für den preußischen Staat. Mannheim-Straßburg. J. Bensheimer. 1874. 8. 42.

Deutsche Reichsgesetzgebung. Textausg. mit Anmerkuungen. Verfassung des Deutschen Reiches. Gegeben Berlin 16. April 1871. Textausg. mit Ergänzungen, Anmerkungen und Sachregister, von Dr. L. v. Rönne. 2. verm. Aufl. Berlin. 1874. J. Guttentag (D. Collin). 12. 147.

Kropp, Rud. Parlamentarisches Handbuch für den preußischen Landtag. XII. Legislaturperiode. Zwei Theile. Herausg. unter Mitwirkung von Abgeordneten. Berlin. 1874. Fr. Kortkampf. XIV. 176 u. 150.

Schulze, Dr. H., Mitglied d. Herrenhauses, Kronsynd., Geh. Justizrath u. ord. Prof. Das Preußische Staatsrecht auf Grundlage des Deutschen Staatsrechtes dargestellt. II. Bd. 2. Abth. Von den Funktionen des Staatsorganismus. I Kap.: Von der Gesetzgebung. II. Kap.: Von der Vollziehung. 1. Abschn.: Von der Vollziehung überhaupt. 2. Abschn.: Von der Justiz. Leipzig 1874. Breitkopf u. Härtel. 8.

Jacques, Dr. H. Abhandlungen zur Reform der Gesetzgebung. I. Preßgesetzgebung. Leipzig. Duncker & Humblodt. 1874. 8. 103.

Haager, Phil. Herm., Oberstaatsanwalt. Sind die Altkatholiken in rechtlicher Hinsicht noch Mitglieder der katholischen Kirche und als solche berechtigt, den in § 166 des St.-G.-B. für das Deutsche Reich gewährten Staatsschutz in Anspruch zu nehmen? Erlangen. Ferd. Encke. 1874. 8. 37.

Klette, Dr. G. M. Umzugskosten, Tagegelder und Reisekosten, sowie Wohnungsgeldzuschüsse der preußischen Civil-Staatsbeamten vom (I.) 26. März 1855, 24. März 1873 und 12. Mai 1873. Nebst der Servisklassen-Eintheilung der preuß. Städte u. Flecken. Nach amtlichen Quellen u. der neuesten Gesetzgebung angestellt u. herausgeg. Berlin. 1874. C. Pfeiffer. 8. 96.

Revue de droit international et de législation comparée. 6me année. 1874. Nr. I. Inhalt: Brocher. Etude sur la lettre de change dans les rapports avec le droit international. — Deloynes. De la publication des lois. — Kusserow. Les devoirs d'un gouvernement neutre. — Matile. Organisation et juridiction des Cours fédérales des Etats-Unis. — Lawrence. Note pour servir à l'histoire des arbitrages internationaux.

V.

Der Kampf für das Recht.*)

Von Professor Felix Dahn in Königsberg.

Wenn ein Mann wie Ihering einen fruchtbaren Gedanken mit Eifer ergreift und mit warmer Liebe ausführt, so wird seine geistvolle Behandlungsweise jedenfalls nach vielen Richtungen hin anregend — ja, man könnte bei seiner intensiven Auffassung und lebhaften Darstellung auch sagen: aufregend — wirken und die Wissenschaft fördern in mannichfacher Weise.

Das ist denn auch durch diese Schrift in hohem Maaße geschehen, welche durch Urheberschaft, Gegenstand und Form hohes Interesse gewann. Bei dankbarer Anerkennung des Vorzüglichen in der kleinen Abhandlung wird man aber auch die Punkte hervorheben müssen, in welchen ein an sich richtiges, zumal ethisch und volkspädagogisch wichtiges Prinzip zu weit ins Extrem geführt, ein ethischer Rath zu einer juristischen Vorschrift gesteigert und im heiligen Eifer etwas zu weit gegangen scheint.

Der richtige Grundgedanke der Schrift ist: „Die Wahrung und Geltendmachung auch der Privatrechte kann sittliche Pflicht, das Preisgeben derselben, um sich die Unannehmlichkeiten eines Rechtsstreites zu ersparen, unsittliche Charakterschwäche sein.“

Dieser Gedanke wird nun in einer glänzenden, geistsprühenden und sehr lebhaften Sprache ausgeführt: nach allen Seiten werden von diesem Centrum aus Radien gezogen und auf die politische, die Rechts- und Kulturgeschichte treffende Blicke geworfen.

Die Untersuchung geht aus vom Recht als einem „Zweckbegriff“, der den Gegensatz von Zweck und Mittel in sich schließe, daher jede

*) Ihering, Rudolf von, k. k. österreichischer Hofrath und Professor an der Universität Wien (jetzt Göttingen). Der Kampf um's Recht. Wien. Verlag der G. J. Manz'schen Buchhandlung. VI, 100 S. (Schon in dritter Auflage.)

Definition eines Rechtsinstitutes, z. B. des Eigenthums, der Obliga
nothwendig zweispaltig sei: „sie giebt den Zweck an, dem das
dient, und zugleich das Mittel, wie er zu verfolgen ist“.

Diese Auffassung betrachtet von den beiden Wurzeln, aus wel
der Rechtstrieb das Recht im menschlichen Geistesleben entwickelt,
die Eine, die reale: des praktischen, äußeren, wirthschaftlichen Bed
nisses; nur in diesem Sinne kann man das Recht einem fremd
außer ihm liegenden Zwecke dienend nennen.

Aber das Recht erwächst daneben auch aus einer idealen Wur
aus dem theoretischen Bedürfniß der menschlichen Vernunft, die äuße
Beziehungen einer Menschengenossenschaft unter einander und zu
Sachenwelt nicht irgendwie, sondern vernunftgemäß geordnet zu wiss
das Recht ist ein nothwendiges Gut, nicht ein nothwendiges Ue
es ist ein unerläßliches Postulat der Menschenvernunft, welche
vernünftige Friedensordnung jener äußeren Beziehungen fordert, n
sich bei jeder beliebigen Ordnung, welche etwa nur den Streit a
schließt und das „Unrecht“ negirt, beruhigt.

In diesem Sinne ist das Recht Selbstzweck wie die Kunst,
Religion, die Moral: der spezifische Rechtstrieb muß aus inn
Nothwendigkeit die der menschlichen Vernunft eigenthümliche Re
idee verwirklichen, mag immerhin den äußerlichen Anstoß hiezu
praktische Bedürfniß gegeben haben.

Nicht zuzugeben ist daher der Satz: „das Recht ist kein logis
sondern ein Kraftbegriff;“ vielmehr ist allerdings „das Recht“, d. h. di
ganze Produkt des Menschengeistes, ein Produkt, ein Begriff der V
nunft; ebenso sind die einzelnen Rechtsbegriffe durch die Vernu
dem jeweiligen Rechtsideal einer Nation und Zeit angepaßte Begri
also in diesem Sinne allerdings logische. Soviel vom Recht im ob
tiven Sinne; das Recht im subjektiven Sinne (d. h. die Befugn
aber ist auch nicht ein bloßer „Kraftbegriff“: ein Kraftbegriff ist z.
auch die vom Räuber geübte Gewalt, ein Kraftbegriff ist die Ue
macht des deutschen Einheitsgedankens über den Partikularismus,
doch sind beide kein Recht; die Befugniß aber, welche ich z. B.
Eigenthümer habe, den Besitzstörer durch Selbsthülfe oder richterl
Hülfe abzuwehren, dieser „Kraftbegriff“ stützt sich auf den logis
Begriff des Eigenthums, des Besitzrechtes, der Selbsthülfe, der Kl
Endlich aber bleibt das Recht als logischer Begriff auch dann
stehen, wenn es wegen Uebermacht des Gegners, verweigerter Re

ilfe nicht geltend gemacht werden kann, also ein „Kraftbegriff" — n nicht eben sehr bestimmter Gedanke — im gegebenen Falle nicht ist.

Der Gegensatz des Rechtes ist freilich das „Unrecht"; aber dieses nrecht ist keineswegs immer bewußter „Angriff auf das Recht" mit ener Gewalt oder arglistiger Umgehung, es ist in ungleich häufigeren ällen „unbefangenes Unrecht", d. h. fahrlässige Verletzung in gutem lauben oder Irrthum: eben Unvernunft gegenüber der im Recht er- heinenden Vernunft.

Wäre einem Manne wie Ihering gegenüber ein solches Bedenken laubt, fast möchten wir bezweifeln, ob der Verfasser im Eifer seiner etorischen Argumentationen immer zwischen dem objektiven Recht seinem Entwicklungs- und Gestaltungs-Prozeß und subjektiven echten scharf genug unterschieden habe.

Sätze wie die folgenden: „Alles Recht in der Welt ist erstritten orden, jeder „Rechtssatz, der da gilt, hat erst denen, die sich ihm idersetzten, abgerungen werden müssen," sind in solcher Allgemein- it von dem Recht im objektiven Sinn verstanden gewiß nicht richtig; ufig waren solche, welche „sich der Bildung eines Rechtssatzes wider- tten," und „denen er erst abgerungen werden mußte," gar nicht vor- nden, weil Niemand in der fraglichen Genossenschaft ein Interesse ran hatte, daß der neu auftauchende Rechtssatz nicht entstehen solle. enn sich z. B. in ziemlich früher Vorkultur bei vielen Stämmen, ne Entlehnung und ohne Urgemeinschaft, der Rechtssatz ausbildete, ß bei dem Tode eines Menschen dessen Nachlaß nicht der Aneignung eisgegeben, sondern den nächsten Familiengliedern zufallen solle, nn also das Familienerbrecht allmälig ausgebildet wird, so sind die bestimmten Vielen, welche möglicherweise ein Interesse an der freien eignung gehabt haben konnten, so unbestimmt und das Vernunft- mäße des neuen Rechtssatzes ist so einleuchtend, daß solche, „denen erst abzuringen wäre," gewiß nicht vorhanden waren. Aber freilich, nn durch Aenderung des bisherigen Erbrechtes das ausschließende er überwiegende Recht gewisser Kategorien von Verwandten (z. B. naten oder Schwertmagen oder Mannsstamm) beseitigt oder wenn B. neben das bisher ausschließlich geltende Familienerbrecht die ie letztwillige Verfügung gestellt werden soll, dann wird der neue chtssatz „denen erst abgerungen werden müssen, welche sich ihm wider- en;" nur dann also, wenn die Aenderung, die Entwickelung des jektiven Rechtes bestehende subjektive Rechte oder Interessen verletzt,

erfolgt die Neubildung nicht ohne Kampf; das ist aber der Natur der Sache nach keineswegs immer der Fall.

Es ist also ein unbegründeter Vorwurf, der der historischen Schule gemacht wird, sie wisse von einem solchen Kampf nichts zu erzählen und lasse alle Rechtsbildung so mühelos vor sich gehen wie etwa die Entwickelung der Sprache.

Die historische Schule lehrt vielmehr, daß, wo in dem Nationalcharakter und den geschichtlichen Voraussetzungen Gegensätze stammthümlicher, ständischer, sozialer, wirthschaftlicher, kulturgeschichtlicher Art gegeben sind, diese auch bei der Fortbildung des Rechtes in heftigen Kämpfen, in hitzigem Begehren des Neuen und hartnäckigem Festhalten des Alten sich äußern werden. Als im Jahre 1848 die absolutistische und die liberale Partei in akuten Kampf traten, wurde auch die Fortbildung der Gerichtsverfassung im Sinne der Geschwornengerichte nur nach heißem Kampfe errungen, heute ist aus politischen Gründen der Streit über Geschworne oder Schöffen lebhaft entbrannt; aber nothwendig in allen Fällen zur Genesis eines neuen Rechtssatzes gehörig ist solche Schwergeburt keineswegs. Die Ueberordnung des Mannes über das Weib in der Ehe, des Vaters über das Hauskind ist wohl in der Abstufung der Rechte, aber gewiß nicht im Prinzip jemals Gegenstand eines solchen „Kampfes um's Recht" gewesen, weil unabweisbar in der Natur begründet; oft fällt doch auch ein neuer Rechtssatz wie die voll gereifte Frucht, „von der eigenen Fülle schwer," von selbst vom Lebensbaum des Volkes. *)

Nicht richtig ist es ferner, daß nur das Gesetz der Rechtsbildung neue Bahnen vorzeichnen, die Dämme niederreißen könne, die dem Strom verwehren, die neue Richtung einzuschlagen. Das Bild von dem Niederreißen der Dämme konnte den Verfasser erinnern, daß keineswegs immer das Gesetz, sondern viel häufiger der gewaltsame Gesetzesbruch es ist, welcher bei hartnäckigem Aufrechthalten verrotteter Dämme dem Strome neue Bahnen schafft. Die Verfassungsgeschichte vieler Völker, der Kampf der Stände mancher Zeiten zeigt uns dies. Aber auch für das Gebiet des Privatrechtes ist es nicht richtig, daß „Verkehr" und „Wissenschaft" ohnmächtig seien, der Bewegung neue Bahnen zu öffnen — nur innerhalb der vorhandenen sollen jene beiden Faktoren des Gewohnheitsrechtes die Bewegung reguliren:

*) Ihering's Zugeständnisse S. 13 stehen mit seinen Sätzen S. 8 in Widerspruch, auch S. 15 setzt den Widerstand „bedrohter Interessen" voraus.

können —, daß alle eingreifenden Reformen des Prozesses und des materiellen Rechtes „auf Gesetze zurückweisen.“

Mag zum Theil bezüglich des Prozesses, schon wegen des engen Zusammenhanges des gerichtlichen Verfahrens mit der dem öffentlichen Rechte angehörigen Gerichtsorganisation, der Satz richtig sein — es fehlt doch auch auf diesem Gebiete nicht an sehr bedeutenden Reformen, welche nicht das Gesetz, sondern das Gewohnheitsrecht geschaffen hat. Wenn bei den germanischen Völkern des IV. bis VI. Jahrhunderts Unschuldseid, Eidhelfer, Zweikampf, Gottesurtheil durch die materiellen Beweismittel des römischen und geistlichen Prozesses verdrängt wurden, so geschah dies auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes, und nur spät und vereinzelt hat die Gesetzgebung das so Erwachsene kodifizirt und detaillirt.

Was aber das materielle Recht anlangt, so möchten wir doch fragen, durch welches Gesetz das Handelsrecht als Sonderrecht der Kaufleute gegenüber dem römischen Rechte und den germanischen Volksrechten seit dem Anfange des Mittelalters geschaffen worden ist? Ferner: Giebt es eine eingreifendere „Reform des materiellen Rechtes“ in der ganzen Geschichte des „materiellen“ Privatrechtes in Deutschland als die Reception des römischen Rechtes? und ist diese „neue Richtung“ durch Gesetz eingeschlagen worden und nicht vielmehr grade durch die „Wissenschaft“, d. h. das Gewohnheitsrecht? endlich: die allmälige Wiederausscheidung der nicht assimilirbaren Bestandtheile des fremden Rechtes aus unserem nationalen Rechtsleben, deren wir uns nunmehr seit etwa drei Menschenalter erfreuen, diese neueste Reform des materiellen Rechtes, ist sie durch Gesetz oder nicht vielmehr ebenfalls durch „Verkehr“ und „Wissenschaft“ getragen?

Es will uns scheinen, als ob der hochverehrte Verfasser bei Aufstellung solcher zu allgemein gefaßten Sätze unwillkürlich von den ihm am meisten gegenwärtigen Entwickelungen des römischen Rechtes allein ausgegangen sei.*)

So geistvoll ferner die Auffassung und so schwungvoll die Sprache bei Darstellung des „Konfliktsfalles der Rechtsidee mit sich selber,“ — wir vermissen doch hier eine Erklärung der Möglichkeit solcher Konflikte.

Die historische Schule, zwar nicht in der unphilosophischen Gestalt, welche ihr großer Begründer ihr gegeben, sondern in der

*) Die später angeführten „Rechtskämpfe“ S. 15 sind allerdings der Geschichte des Mittelalters entnommen, aber lauter Beispiele von Interessenkämpfen.

Wenn aber freilich Julius Stahl als ein Repräsentant der historischen Schule angeführt wird, so müssen wir hiergegen sehr feierlich Verwahrung einlegen.

Ursprünglich von ganz anderen Prinzipien ausgehend — den zu Mystik und Theokratie mißbrauchten Ideen Schellings, man erinnere sich der berüchtigten ersten Ausgabe der Rechtsphilosophie! —, griff erst später dieser bewußte Sophist zu dem Rüstzeug, welches die historische Schule für seinen mit allem Raffinement verfolgten Zweck — der Reaktion in Staat, Kirche, Wissenschaft, Gesellschaft — zu gewähren schien. Und in der That, mit blendender Geschicklichkeit bediente er sich guter Waffen für seine schlechte Sache. Wie aber diesem Manne das wichtigste Kennzeichen der historischen Schule — die Pflege treuer quellenmäßiger Forschung und die Achtung vor quellenmäßiger Wahrheit — abging, das beweist die Art seiner fälschenden und verleumdenden Darstellung aller Staatslehrer, welche seinem Theokratismus widerstrebten, so vor allen Macchiavells; Julius Stahl scheute vor keinem dialektischen Mittel, vor keinem schlechten Sophisma zurück, welches ihm sein theokratischer Zweck heiligte: er ist der widerlichste Ausdruck des protestantischen Jesuitenthums.

Die historische Schule kann nicht verantwortlich gemacht werden für den Mißbrauch, die Entweihung ihrer Waffen in den Händen dieses Mannes.

Wie leicht an sich richtige Sätze von extrem entgegengesetzten Parteien extrem verwerthet und dadurch in ein ihrem ursprünglichen Sinne fern liegendes Absurdum geführt werden können, davon legt gerade jene Schule, durch welche auch Jhering mit sichtbar reicher Anregung gewandelt, die Hegel'sche, vielfaches Zeugniß ab. Wie ist doch der Satz: „Alles was ist, ist vernünftig," in höchst wider-vernünftiger Weise zur Rechtfertigung des starrsten Beharrens und des radikalsten Umsturzes mißbraucht worden!

Ganz ähnich verhält es sich mit der Lehre der historischen Schule von dem leisen, organischen Wachsthum alles Rechtes; man konnte daraus, durch Mißverständniß, die von Jhering so hart angegriffenen Konsequenzen eines die Hände in den Schooß legenden politischen Quietismus ableiten und die Ultra-Conservativen haben sie daraus abgeleitet.

Aber tiefere Erfassung wird umgekehrt aus dem Prinzip unserer Schule die dringende Anforderung ziehen, daß jeder einzelne Träger

des Rechtsbewußtseins mit voller Anspannung seiner geistigen und sittlichen Kräfte sich darüber Klarheit erringe, ob die herrschende Rechtsordnung eine seine eigene subjektive Rechtsvernunft befriedigende sei, und wenn er sich hiebei in Disharmonie mit derselben befindet, daß er mit gleicher Energie auf friedensordnungsmäßigem Wege eine Umgestaltung der herrschenden Normen nach dem ihm vorschwebenden Rechtsideal anstrebe. Denn nur bei solcher Uebereinstimmung gehorcht der Einzelne freudig und freiwillig, im Gegenfalle nur aus staatlicher Disciplin, aus der Einsicht, daß die Anarchie, der Ungehorsam auch um des höher stehenden Rechtsideals willen schlimmer ist als eine noch so verkehrte Rechtsordnung und die Zerstörung des Rechtslebens im Prinzip. Die eifrigste Betheiligung aller Einzelnen in Kritik und Reform des Rechtszustandes wird aber auch um deßwillen von der historischen Schule gefordert, weil sie weiß, daß eine Rechtsordnung desto mehr dann gefährdet, der Verrottung oder dem gewaltsamen Umsturz desto dringender ausgesetzt ist, je mehr sie lediglich auf äußeren geschichtlichen Voraussetzungen oder auf dem Sonderinteresse einzelner Stände und der dumpfen Trägheit der Massen, auf der bloßen Fortwirkung des Geistes der Vergangenheit beruht, daß umgekehrt Gesundheit, Lebenskraft und Sicherheit der herrschenden objektiven „Rechtsvernunft“ desto größer, je wahrhaftiger sie den Ausdruck der gegenwärtigen subjektiven Rechtsvernunft der großen Mehrzahl der Rechtsgenossen bildet. Für die deutsche Reichsverfassung von 1871 gewährt der Zusammenschluß mit der Rechtsüberzeugung des deutschen Volkes eine ganz andere Bürgschaft energischer Vertheidigung als für die des heiligen römischen Reiches oder des deutschen Bundes.

Manches Treffende führt dann der Verfasser aus über den Werth, welchen ein Volk auf einen durch harten Kampf errungenen Rechtssatz legen wird, über die Bewährung nationaler Kraft und politischer Tüchtigkeit in der Gestaltung und Behauptung eines befriedigenden Rechtszustandes. Gewiß hat die Geschichte auch des Privatrechtes, des Civilprozesses, des Strafprozesses in Rom und England die politischen Vorzüge in dem Charakter des römischen und des englischen Volkes fast ebenso klar entfaltet und gesteigert wie die Verfassungsgeschichte dieser Staaten.

Gleichwohl kann man nicht sagen, daß die Mühe des Erringens allein über die Liebe entscheidet, mit welcher ein Volk an einem Rechtsinstitut hängt; der Inhalt, der Werth des dadurch geschützten

subjektiven Rechtes, genauer dessen Werthschätzung durch den nationalen Charakter, sind dafür maßgebend, z. B. das Waffenrecht des freien Germanen ist vermuthlich ein von jeher anerkanntes, nicht erst durch Kampf zu erringendes gewesen, und doch legte das Volk gewiß auf dieses Recht höchsten Werth.

Der Verfasser wendet sich nun zur Besprechung des Kampfes um das subjektive Recht und stellt hier unter Vergleich des Civilprozesses zweier Bauern um ein angemaßtes werthloses Stück Land mit dem Kriege zweier Nationen um ein usurpirtes werthloses Stück Staatsgebiet den Satz auf, die Behauptung des guten Rechtes sei eine Ehrenfrage, eine Charaktersache, und da der „Kampf gegen das Unrecht“ nur mit Erfolg geführt werden könne, wenn er auf allen Punkten, wo das Unrecht vorgehe, aufgenommen werde, so sei es eben Pflicht jedes Einzelnen, überall, wo sein privates Recht verletzt werde, nicht aus Scheu vor Mühe, Verdruß und Kosten, kurz aus Trägheit, sich das gefallen zu lassen, sondern mannhaft den „Kampf gegen das Unrecht“ aufzunehmen und hiedurch an seinem Theile zur Behauptung des Rechtes beizutragen.

Das sind die eigentlichen Hauptsätze der neuen Lehre des Verfassers —, und gerade sie können wir, in solcher Allgemeinheit, unmöglich als richtig gelten lassen.

Wir sagen dagegen: die Geltendmachung des verletzten Rechtes **kann** unter Umständen Ehrensache, Charakterfrage, Pflicht der Selbstachtung oder auch der Abwehr, oder prinzipiellen Klarstellung eines bezweifelten Rechtssatzes im Interesse der Gesammtheit sein; aber keineswegs **muß** dies immer der Fall sein.

Behauptung des Rechtes (d. h. des subjektiven) ist eine Pflicht der moralischen Selbsterhaltung, sagt der Verfasser, und zwar stellt er dabei folgerichtig alle einzelnen Rechte einander dem Werthe nach gleich: „das Eigenthum so gut wie die Ehe, der Vertrag so gut wie die Ehre“; — nach unserer Ansicht aber besteht ein Unterschied in diesen Rechten; wir werden den Mann, der es aus Mangel an Selbstachtung unterläßt, seine angegriffene Ehre zu vertheidigen, doch mit ganz anderen Augen ansehen, als etwa denjenigen, welcher aus Bequemlichkeit es einem Miether oder Handwerker hingehen läßt, daß er den Miethvertrag nicht ordentlich erfüllt, die bestellte Arbeit zu spät liefert.

Und allzuweit läßt sich der Verfasser von dem Eifer der Konsequenz

fortreißen, wenn er sagt: „der Verzicht auf eine einzelne dieser Existenzbedingungen (gleich Rechte) sei rechtlich ebenso unmöglich, wie ein Verzicht auf das gesammte Recht", wobei in dem Satze: „das Recht ist nur die Summe seiner einzelnen Institute" das Wort Recht im Sinne des objektiven Rechtes, des Rechtssystems, in dem darauf folgenden aber im subjektiven Sinne, der Befugniß, gebraucht wird.

„Nur in dem Falle, daß mir der Räuber die Alternative zwischen Leben oder Geld stellt", wo also die Pflicht der Vertheidigung des Eigenthums vor der höheren der Erhaltung des Lebens zurücktritt, „soll diese Pflicht der Vertheidigung des Rechtes wegfallen, — abgesehen von diesem Fall ist es meine Pflicht, mit allen Mitteln die Mißachtung des Rechtes in meiner Person zu bekämpfen; sonst statuire ich einen Moment der Rechtlosigkeit in meinem Leben." (!)

Dem entgegen ist doch zu erinnern, daß keineswegs bloß ein höheres *eigenes* Interesse, daß auch die Rücksicht auf höhere Interessen *Anderer* oder der *Gesammtheit* zum Verzicht auf die Vertheidigung verletzten Rechtes verpflichten können. Der Vater, der den „Familiendiebstahl" seines Kindes nicht zur Anzeige bringt, auch auf Ersatz des Gestohlenen verzichtet, weil er die Ehre der Familie und das Ehrgefühl des Schuldigen wahren will; der Bestohlene, welcher den jugendlichen Verbrecher ohne Verwandtschaftsrücksichten lieber zu bessern als zu bestrafen trachtet; der Staatsmann, die gesetzgebende Versammlung, der Monarch, welche von ihrem Rechte Gebrauch machen, eine durch die Presse oder anderweitig begangene Ehrenkränkung oder Majestätsbeleidigung nicht bloß nicht selbst zur Verfolgung zu bringen, sondern die zur Verfolgung von Amtswegen erforderliche Erlaubniß zu versagen, um Aergerniß zu vermeiden und Aufregung, welche also der Gesammtheit die Wahrung ihrer verletzten Ehre opfern, handeln pflichtgemäß und das eifersüchtige Bestehen auf ihrem Rechte wäre pflichtwidrig.

Aber es *kann* freilich auch in den letztgenannten drei Fällen umgekehrt die Erhebung der Klage Pflicht sein. Ja, es kann sehr angemessen, vielleicht sogar Pflicht sein, einen Rechtsanspruch, den man sonst wegen der Geringfügigkeit des Werthinhaltes nicht geltend machen würde, um deswillen zur richterlichen Entscheidung zu bringen, weil der Rechtssatz, auf den er sich stützt, prinzipiell wichtig und vom Gegner bestritten ist; bekanntlich werden häufig in England kontroverse Fragen „for a shillings worth" zur richterlichen Entscheidung gebracht.

In den allermeisten Fällen aber ist es doch lediglich eine Erwägung der widerstreitenden Interessen, ob der in seinen Vermögensrechten Verletzte klagen soll oder schweigen, und es ist doch wahrlich nicht ein „Moment der Rechtlosigkeit in meinem Leben", wenn ich meinen Schuldner, der den vertragsmäßigen Zahlungstermin nicht einhält, zu verklagen vorläufig oder auch endgültig aus Gutmüthigkeit oder auch nur aus Bequemlichkeit unterlasse. Ich gebe dadurch nur dieses (subjektive) Recht, nicht, wie Ihering sagt, das (objektive) Recht Preis.

Es ist eben eine petitio principii, eine theoretische Fiktion, daß „das Recht" fortwährend auf allen Punkten vom „Unrecht" negirt werde und daß daher auch fortwährend jede Rechtsverletzung zurückgeworfen werden müsse, damit das „Unrecht" nicht irgendwo in die Lücke eindringe. Der Dieb, der bei dem Bäcker eine Semmel stiehlt, will durchaus nicht das Eigenthum „negiren", sondern nur seinen Hunger.

Richtig ist freilich, daß die Bequemlichkeit, die Gleichgültigkeit in Vertheidigung der Einzelrechte ein Kennzeichen ist für eine wenig stramme, energische Zeit, Nation oder Standesart (sowie zum geringen Theil wohl auch eine Folge des mühelosen, durch Börsenspekulation &c. vollzogenen Eigenthumserwerbes; indessen sind Börsenspekulanten doch auch nicht selten geizig und zähe genug in Vertheidigung ihrer Beute).

Und hier gelangen wir zu der werthvollsten Seite der interessanten Abhandlung; es ist zugleich diejenige, welche uns auf die psychologische Motivirung, die Entstehungsgründe der ganzen Erörterung hinweist.

So recht nach dem Herzen Rudolfs von Ihering als eifersüchtige „Kämpfer um das Recht" erscheinen unter den Nationen die Römer und die Engländer (er hätte die Isländer beifügen mögen), unter den Ständen der Bauernstand, unter den typischen Gestalten der Dichtung der Jude Shylock; dagegen leidet es keinen Zweifel — das darf ich wohl von meinen liebenswürdigen nächsten Stammesvettern sagen, ohne sie zu überraschen und zu erzürnen —, daß durch Anlage und Geschichte (d. h. Druck des Absolutismus in Staat und Kirche) in den Deutsch-Oesterreichern jene zähe und schneidige „pugnacitas" weniger entwickelt ist als in anderen deutschen Stämmen, namentlich den sächsisch-niederdeutschen, und zum guten Theil war wohl der Vortrag Iherings, aus welchem diese Abhandlung erwachsen, als eine

Mahnung gemeint, die leichtlebige, behagliche Gemüthlichkeit zu Wien den strengen „Kampf um's Recht" nicht einschläfern zu lassen.

Bereitwillig geben wir nun zu, daß als pädagogische, politische Mahnung und Warnung eine solche Erinnerung an die Pflicht der Selbstvertheidigung sehr am Platze sein kann. Gewiß besteht ein Zusammenhang zwischen der Abneigung, sein Privatrecht im Civilprozeß zu wahren, und einer gewissen Lässigkeit im Kampfe gegen fremde Nationalitäten, im Widerstand gegen Rechtsverletzungen durch ein absolutistisches Regiment. Wenn in Südtirol die Italiener, in dem ehemals so stark germanischen Böhmen die Tschechen, in Ungarn die minderzähligen Magyaren das deutsche Element zurückgedrängt haben und noch immer mehr zurückdrängen, so trifft der größte Theil der Schuld hievon zwar eine verblendete Regierung, ein kleiner Theil aber auch die Eigenart der Deutsch-Oesterreicher, eine gewisse weiche Nachgiebigkeit, welche freilich auch mit ihren liebenswürdigsten Eigenschaften zusammenhängt.

Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes allerdings ist die Wahrung der Befugnisse zugleich Pflicht.

Auf dem Boden des Privatrechtes aber ist es unzutreffend, das wiederholt verwerthete Gleichniß des aus der Schlachtreihe aus Feigheit zurückweichenden Soldaten, der dadurch die Lage der pflichtgemäß Ausharrenden erschwert, auf denjenigen anzuwenden, welcher auf die Anstellung einer ihm zustehenden rei vindicatio aus Bequemlichkeit verzichtet: denn die Vorstellung, daß das Recht stets auf der ganzen Linie vom „Unrecht" angegriffen und nur durch Geltendmachung der Befugnisse aller Einzelnen aufrecht zu halten sei, ist eben eine Fiktion, und wenn zufällig eine Reihe von Jahren hindurch alle Eigenthümer, welche Anlaß hätten, eine rei vindicatio anzustellen, dies nicht thun würden, der Eigenthumsbegriff würde darunter nicht leiden und die Eigenthumsverletzungen deshalb nicht häufiger werden.

Erfahrungsgemäß verzichten die Kaufleute sehr leicht auf Einlagung ihrer Forderungen; daß aber das deutsche Handelsrecht darunter gelitten hätte, kann man gewiß nicht behaupten.

Können wir eine sittliche Verpflichtung zur Wahrung angegriffener Privatrechte also nur ausnahmsweise, unter besonderen Umständen, anerkennen, so legen wir doch dem Rechte noch eine idealere Bedeutung bei als die Auffassung des Verfassers („ein rechtlich geschütztes Interesse"). Es ist ein Bedürfniß der menschlichen Vernunft,

die äußeren Beziehungen der Menschen untereinander und zu de Sachen in einer die Vernunft (d. h. das relative Rechtsideal dieser Rechts-Genossenschaft) befriedigenden Weise geordnet zu sehen. Di Befriedigung dieses Vernunft-Postulats ist — das Recht, d. h. es i die vernunftgemäße Friedensordnung einer Menschengenossenschaft i ihren äußeren Beziehungen zu einander und der zugehörigen Sachen welt. Daher der Eifer, die Begeisterung, mit welcher die Gesamm heit und der Einzelne jeden Angriff auf das *objektive Recht* ab wehrt und abwehren soll, mag dieser Angriff eine unmittelbare Neg tion z. B. des Prinzips des Eigenthums, des Erbrechtes, der persön lichen Freiheit enthalten, oder mag er als Gesetzesänderungsvorschla eine unvernünftige an Stelle der vernunftgemäßen Friedensordnun setzen wollen. Das „Unrecht" ist dem Menschen deshalb so anti pathisch, weil es unlogisch, weil es widervernünftig ist und weil es der praktischen Natur des Rechtes entsprechend, nicht wie ein sonstige theoretischer Irrthum, z. B. eine falsche mathematische Rechnung od eine verkehrte ästhetische Ansicht, uns unbehelligt läßt, sondern uns zu muthet, wirklich in unserem äußeren Thun und Lassen uns seinen u vernünftigen Konsequenzen zu unterwerfen. Daher also, zur Wahrun der Freiheit unserer Vernunft und des ihr entsprechenden Handeln ist der *Kampf für das objektive Recht* allerdings ein Vernunf postulat wie eben die Verwirklichung des Rechtes selbst. Wir möchte also die heilige Kampfesfreude für das Recht, welche wir in warme Begeisterung theilen, für das *objektive Recht*, nicht für unsere ve letzten subjektiven Befugnisse in Anspruch nehmen. Das „Unrecht bekämpfen wir nicht weil es unsittlich ist — das „unbefangene Un recht" ist nicht unsittlich —, sondern weil unvernünftig; übrigens i das Unsittliche auch nichts Anderes als das Unvernünftige, denn da Ethos ist die vernünftige Friedensordnung der *inneren* Beziehunge einer Menschengenossenschaft, ihrem relativen Moral-Ideal entspre chend und deshalb ebenfalls nach Völkern, Zeiten, Kulturzustände wechselnd.

Nur sofern also in der Verletzung der subjektiven Befugniß zu gleich eine Negation des objektiven Rechtes liegt, kann von einer Ve nunftpflicht der Abwehr die Sprache sein. Ob ich meine Freiheits sphäre, „mein Eigenthum — mag dies immerhin als Erweiterung me ner Persönlichkeit gelten — durch das *Unrecht* einschränken lasse

will," ist ebenso Sache meiner Willkür, *) wie ob ich sie durch Verträge beschränken will.

Was der Verfasser in vortrefflicher Weise von dem „verletzten Rechtsgefühl", d. h. der Entrüstung über das „Unrecht" ausführt, können wir vollständig acceptiren. Wir fügen nur bei, diese Entrüstung erhält ihre ideale Weihe erst dadurch, daß sie nicht nur der Vertheidigung unserer „rechtlich geschützten Interessen" (d. h. doch in letzter Instanz unserer Selbstsucht), sondern der Aufrechthaltung der in der Rechtsordnung objektiv gewordenen Vernunft gilt, dann auch der von unserer eigenen Persönlichkeit getragenen subjektiven Rechtsvernunft, welche der Unvernunft sich nicht unterwerfen will. So gefaßt ist der „Kampf um's Recht" der Ritterdienst für die Idee. — Er gilt der Abwehr des Unrechts, nicht der bloßen Selbsterhaltung. Mit ganz anderer Empfindung bekämpfen wir den Räuber als den feindlichen Soldaten, der in der Schlacht unser Leben bedroht. Es ist dort die Empörung über das Vernunftwidrige im Unrecht, was die Entrüstung verstärkt und idealisirt, während die Vertheidigung unseres Lebens im Kriege von dieser Regung frei ist. Erst wenn z. B. der Feind durch Verletzung des Kriegsrechtes zugleich unser Rechtsgefühl gereizt hat oder wenn die ganze Kriegserklärung als ein schweres Unrecht gegen unseren Staat empfunden wird, mischt sich in den Kampf um's Dasein die Entrüstung des Kampfes für das Recht.

Daß nicht die Geltendmachung des verletzten Privatrechtes unter allen Umständen eine Pflicht gegenüber der Gesammtheit ist, erhellt deutlich auch schon daraus, daß sogar in manchen Fällen, in welchen die Rechtsordnung in einer Handlung nicht bloße Verletzung von Privatrechten, sondern ein Vergehen erblickt, gleichwohl sogar die Verfolgung und Bestrafung von Seite des Staates abhängig gemacht wird von der Wahl des in einem privaten Rechte Verletzten. Die sogenannten Antragsvergehen sind nach der Ansicht des Verfassers eine Monstrosität; in jedem Falle des Familiendiebstahls, des Ehebruches &c. müßte der Antrag auf Bestrafung erfolgen. Die Verzeihung, die Versöhnung, die Berücksichtigung der höheren Interessen, welche wir schon oben S. 207 berührten, müßten der Antragspflicht geopfert werden. Daß der „Rechtssatz selbst lahm gelegt wird," wenn die Geltend-

*) Abgesehen von den drei oben erörterten Ausnahmsfällen.

machung des verletzten Rechtes unterbleibt, können wir durchaus nicht zugeben; es ist ein ungerechtfertigtes Bild, ebenso wie das abermals herangezogene Gleichniß des aus der Schlachtreihe weichenden Soldaten, der dadurch die Macht „des Gegners" stärkt; ein solcher „Gegner", der dem Recht in akutem Kampfe gegenüber stände, so daß es auf die Zahl der geführten Prozesse ankäme, diesem Gegner numerisch gleich stark zu begegnen, existirt nicht.

Daß unter Umständen der Satz: „thue kein Unrecht und dulde kein Unrecht" auch ethisch — nicht nur „sozialpolitisch" — vollgültig ist, räumen wir bereitwillig ein. Es ist diese Anschauung wieder ein merkwürdiger Beleg dafür, wie auch die sittlichen Ideale der Völker und Zeiten gleich ihren Kunst- und Rechtsidealen wechseln, denn offenbar steht eine solche Moral im denkbarschroffsten Gegensatz zu jener Lehre, welche da gebot, nach dem Streiche auf die rechte Wange noch die linke Wange zum Schlage, dem Räuber, der uns den Mantel abgenommen, noch das Untergewand darzubieten. Diese Moral der ersten Christen in ihrer Verachtung gegen alle weltlichen Dinge führte denn auch dahin, die Anstellung einer Civilklage, z. B. der rei vindicatio, als eine schwere Sünde zu brandmarken. Freilich, mit einer solchen Moral sind Recht und Staat und die besten Mannestugenden unvereinbar.

Aus den Prinzipien dieses „Kampfes" folgt übrigens auch, was von dem Verfasser nicht hervorgehoben wird, daß in dem modernen Rechtsstaate die Niederschlagung einer anhängigen Strafsache aus Nützlichkeitserwägungen, wie sie z. B. die preußische Verfassung noch statuirt, als unzulässige Kabinetsjustiz zu verwerfen ist; der Gang der Rechtsverfolgung soll nicht durch Willkür gehemmt werden können; die Gründe, welche für Nachlaß der ausgesprochenen Strafe im Wege der Gnade sprechen, können nicht auch für die Abolition angeführt werden; die Aergernisse und Aufregungen des Verfahrens sind durch Ausschluß der Oeffentlichkeit zu beseitigen.

Dagegen möchte ich der glänzenden Verwerthung der Worte, welche Shakespeare seinem Shylock in den Mund legt, die doch noch schönere Verherrlichung der Gnade in der gleichen Tragödie gegenüber halten. Eine konsequente Verfolgung des Satzes, das Gebot „dulde kein Unrecht" sei sozialpolitisch noch wichtiger als das Gebot „thue kein Unrecht" würde zur Ausschliessung der Verzeihung des Verletzten und des Straferlasses von Seite des Staatsoberhauptes aus

Gründen der Billigkeit oder des überwiegenden öffentlichen Interesses führen.

Oft ist es sichlich nur der Eifer der rhetorischen Darstellung, welcher zu Superlativen geführt hat, die manchmal schon durch den nächstfolgenden Satz auf ihr richtiges Maaß herabgedrückt werden. So ist wohl noch ein kostbareres Gut vom Staat zu hüten und zu pflegen als das „nationale Rechtsgefühl": der Patriotismus, die begeisterte und pflichttreue Hingebung seiner Bürger an den Staat ist doch wohl noch nöthiger, um das Reich geachtet nach außen, fest und unerschüttert im Innern hinzustellen. Freilich soll der zunächst naturalistische Patriotismus, der auf dem Stammesgefühl ruht, zu dem Politismus erheben und vergeistigen, d. h. zu der Hingebung an die geistige Form, welche das Volksthum in der Staatsordnung erhält; daß aber das nationale Rechtsgefühl zu pflegen „eine der höchsten Aufgaben der politischen Pädagogik" ist, geben wir gern zu.

Daß jeder Despotismus mit Eingriffen in das Privatrecht begonnen habe, ist wohl auch zu viel gesagt. Unter Despotismus im Gegensatze zu dem Absolutismus versteht man allerdings die Schutzlosigkeit der privatrechtlichen Rechtssphären gegenüber der Regierungsgewalt; aber begonnen hat z. B. der Despotismus in den germanischen Reichen der Völkerwanderung nicht mit der Antastung von Eigenthum und Ehe, sondern mit der Lahmlegung und Beseitigung der Organe der staatsrechtlichen Freiheit, und wenn man das spätere römische Imperatorenthum füglich trotz der klassischen Jurisprudenz des gleichzeitigen Privatrechtes von orientalischem Depostismus wenig mehr unterscheiden kann, wenn die Imperatoren vornehmen Römern ihre Frauen und ihre Villen wegnahmen: so haben sie doch nicht damit, sondern mit der Usurpation oder Erschleichung staatsrechtlicher Gewalten, der Unterdrückung der Rechte von Senat, Magistratus, Comitien begonnen.

„In derselben Zeit als der Bauer und Bürger Gegenstand feudaler und absolutistischer Willkür war, ging Lothringen und Elsaß für das deutsche Reich verloren."

Ganz richtig; aber Frankreich gewann diese Länder und gewann seine europäische Oberherrschaft in derselben Zeit, in welcher das Regime Louis XIV. den französischen Bauer und Bürger wohl noch in strengerer Rechtsschutzlosigkeit nieder zwang.

Und als bei Chatten, Marsen, Cheruskern und Sigambern der

Schutz der privatrechtlichen Freiheit und das stolze Rechtsgefühl am stärksten blühte, erlagen sie denselben Römern, welche diese Blüthezeit hinter sich und eine despotische Gewalt über sich hatten. Und die Angelsachsen König Harolds mit ihrem lebhafteren Rechtsgefühl erlagen der überlegenen normännischen Staatsbildung mit viel geringerem Rechtssinn und Rechtsschutz.

Wir wollten in diesen Bemerkungen nur vor der übertreibenden Verallgemeinerung an sich und in gewissen Schranken gewiß richtiger und lehrreicher Sätze warnen.

Auf die zahlreichen rechtsphilosophischen und rechtspädagogischen Ausführungen des Verfassers, in welchen er alte Wahrheiten in geistvoller neuer Wendung oder Motivirung beleuchtet oder auch neue Gesichtspunkte eröffnet, können wir hier nicht eingehen. Wir behalten uns solche Erörterungen für eine systematische Darstellung der Rechtsphilosophie vor, für welche wir im Laufe der nächsten Jahre vielleicht Zeit finden.

VI.

Bemerkungen zu dem Gesetze über die Vorbildung und Anstellung der Geistlichen.

Nichtigkeit und Strafbarkeit der Amtsübertragung. Strafbarkeit der Amtsausübung.

Von Herrn Gerichts-Assessor Dr. Witkowski in Berlin.

1.

Die Maigesetze im Verein mit der Aenderung der Verfassungsartikel 15 und 18 wollen die Freiheit der Religionsgesellschaften insoweit einschränken, als dies zur Wahrung der staatlichen Interessen erforderlich erscheint. Insbesondere soll das Gesetz vom 11. Mai 1873 dem Staate Garantien hinsichtlich der Persönlichkeit der in den christlichen Kirchen anzustellenden Geistlichen verschaffen.

Es werden daher bestimmte Eigenschaften, als im staatlichen Interesse unerläßlich, verlangt; der Mangel derselben bildet ein Hinderniß der Anstellbarkeit.

Soll aber der Staat den hier angestrebten Zweck erreichen, so muß er auch das Vorhandensein jener Eigenschaften bez. Hindernisse selbst kontroliren können.

Unter diesem Gesichtspunkte zerfällt daher das Gesetz in:

I. materielle Vorschriften — betreffend die Erfordernisse bez. Hindernisse in der Person der Anzustellenden;

II. formelle Vorschriften — betreffend die Kontrole des Staates über das Vorhandensein der Requisite.

Als Hindernisse (I) werden aufgestellt:

1. Mangel der Reichsangehörigkeit,
2. Mangel der vorgeschriebenen Vorbildung,

3. Bestrafung oder schwebende Untersuchung wegen entehrender Verbrechen und Vergehen,
4. Gerechtfertigte Annahme staatswidrigen Verhaltens.

Diese Hindernisse werden aber nicht gleichmäßig behandelt. Die einen wirken absolut, indem sie jede Ernennung eines damit Behafteten nichtig machen, — die anderen äußern nur in sofern ihre Wirkung, als sie dem Staate die Befugniß zur Verhinderung der Anstellung verleihen. Eine Analogie bietet sich von selbst dar: die impedimenta zerfallen in dirimentia und impedientia. Die Hindernisse zu 1 und 2 gehören zu ersteren, die zu 3 und 4 zu letzteren.

Als absolut wirkend mußte aber auch die Verletzung der Kontrolvorschriften hingestellt werden (II); eine ohne staatliche Kontrole erfolgte Anstellung ist nichtig.

Hieraus ergiebt sich eine andere Gruppirung. Die materiellen Requisite der Reichsangehörigkeit und der gehörigen Vorbildung stellen sich mit dem formellen — der Beobachtung der Kontrolvorschriften — zusammen als unerläßliche, wesentliche Postulate, deren Mangel vernichtet, dar. Die impedimenta aus strafrechtlicher Bescholtenheit oder zu befürchtender Staatsfeindlichkeit kommen nur als Gründe zum staatlichen Einspruch in Betracht.

Die erste Gruppe findet sich in § 1:

> Ein geistliches Amt darf in einer der christlichen Kirchen nur einem Deutschen übertragen werden, welcher seine wissenschaftliche Vorbildung nach den Vorschriften dieses Gesetzes dargethan hat und gegen dessen Anstellung kein Einspruch von der Staatsregierung erhoben worden ist.

Dem zuwiderlaufende Anstellungen sind nichtig; dieser Satz, welcher ebenso gut als § 2 oder 4 gleich hätte folgen können, findet sich im Abschnitt III, „Anstellung der Geistlichen", ausdrücklich ausgesprochen:

> § 17. Die Uebertragung eines geistlichen Amtes, welche der Vorschrift des § 1 zuwiderläuft — — gilt als nicht geschehen.

Im § 16, wo die den staatlichen Einspruch rechtfertigenden Gründe aufgezählt werden, finden sich natürlich sämmtliche materielle Momente vereinigt. Einen Grund zum Einspruch gewähren sowohl die dirimentia, auf welche deshalb unter Nr. 1 verwiesen wird, als die impedientia, welche hier, unter Nr. 2 und 3, zum ersten Male erscheinen.

§ 16. [1]) Der Einspruch ist zulässig:

1) wenn dem Anzustellenden die gesetzlichen Erfordernisse zur Bekleidung des geistlichen Amtes fehlen; [2])

2) wenn der Anzustellende wegen eines Verbrechens oder Vergehens, welches das Deutsche Strafgesetzbuch mit Zuchthaus oder mit dem Verluste der bürgerlichen Ehrenrechte oder dem Verluste der öffentlichen Aemter bedroht, verurtheilt ist oder sich in Untersuchung befindet;

3) wenn gegen den Anzustellenden Thatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß derselbe den Staatsgesetzen

---

[1]) Ueber dessen Entstehungsgeschichte vgl. Hinschius: D. pr. Kirchengesetze (Berlin, J. Guttentag.) zu § 16.

[2]) Mit Hinschius Anm. 1 nehme ich an, daß hier nur die in unserem Gesetze aufgestellten Erfordernisse gemeint sind; ich würde daher das vorliegende Gesetz auf anderweit anerkannte Hindernisse - z. B. die Zugehörigkeit zum Jesuitenorden — gar nicht anwenden. Will man aber mit Hinschius fragen: „Kann und muß ein solches Hinderniß im Wege des Einspruches geltend gemacht werden?" — so sind das zwei von einander zu trennende Fragen. „Kann" — gewiß; weshalb sollte der Oberpräsident nicht Einspruch erheben dürfen, wenn der ihm benannte Kandidat Jesuit, folglich nach Reichsgesetz unfähig ist? Verboten ist ein solcher Einspruch jetzt so wenig wie vor Erlaß der Maigesetze; ja, es dürfte mit zu den allgemeinen Pflichten der Verwaltungsbehörden gehören, derartigen Gesetzesverletzungen zuvorzukommen. „Muß" aber Einspruch erhoben werden, d. h. ist Mangels Einspruches die Anstellung gültig? Das ist offenbar zu verneinen; denn solche Hindernisse, welche nur einen Einspruch begründen, bei Unterlassung desselben aber nicht mehr geltend gemacht werden können, (impedimenta impedientia, wie wir sie nannten), sind ja erst durch unser Gesetz geschaffen. Bei allen übrigen ist die Anfechtbarkeit also nicht durch vorgängigen Einspruch bedingt. So z. B. nicht im Falle der Anstellung eines Jesuiten; dieselbe ist auch ohne Einspruch nichtig. — Dasselbe Resultat gewinnt Hinschius; sein Grund ist aber: weil das absolute Verbot des Reichsgesetzes vorgehe, wogegen, „wollte man den § 16 Nr. 1 auf solche (Anstellung eines Jesuiten) anwenden, so wäre bei vorschriftsmäßiger Benennung, aber nicht rechtzeitig erhobenem Widerspruche die Anstellung gemäß dem vorliegenden Gesetze erfolgt und nicht mehr anfechtbar." Das ist entschieden unrichtig: es widerspricht ja in auffallendster Weise dem auf der folgenden Seite (Anm. 17 zu § 16) stehenden Satze: „Im Falle des Einspruches aus Nr. 1 handelt es sich nicht um einen Einspruch, dessen Erhebung erst die Anstellung ausschließt, sondern um einen solchen, durch dessen Unterlassung, weil er sich auf das Nichtvorhandensein der gesetzlichen Qualifikation gründet, die Anstellung niemals gültig werden kann." — Reichsgesetz und Landesgesetz widersprechen sich hier gar nicht; wollte man Nr. 1 des § 16 auf die Anstellung eines Jesuiten anwenden, so wäre dieselbe auch danach trotz unterlassenen Einspruchs nichtig. Aber man braucht den § 16 gar nicht heranzuziehen, weil derselbe in der That über die aus unserem Gesetze sich ergebenden Requisite nicht hinausgreifen will.

oder den innerhalb ihrer gesetzlichen Zuständigkeit erlassenen Anordnungen der Obrigkeit entgegenwirken oder den öffentlichen Frieden stören werde.

So erscheint der mehrfach verkannte Bau des Gesetzes völlig durchsichtig:

Abschnitt I (Allgemeine Bestimmungen, §§ 1—3) enthält den Kern, die Quintessenz des Ganzen — die unerläßlichen, wesentlichen Postulate (Reichsangehörigkeit, Vorbildung, Beobachtung der Kontrolvorschriften),

Abschnitte II und III erläuternde Einzelbestimmungen dazu, und zwar:

II über die „Vorbildung",

III über die Staatskontrole bei der „Anstellung".

Abschnitt IV den Schutz der Bestimmungen des Abschnitt I durch „Strafbestimmungen."

Interessant ist es, innerhalb des Rahmens des Abschnittes II die Struktur des ganzen Gesetzes in den §§ 10—12 mikrokosmisch wieder zu finden. Das Requisit gesetzlicher Vorbildung für die Anzustellenden bedingt seinerseits wieder Garantien betreffend die Persönlichkeit der an den kirchlichen Vorbildungsanstalten anzustellenden Lehrer. Hierüber verordnet deshalb ganz entsprechend dem Abschnitt I:

§ 10. An den — gedachten — Anstalten darf als Lehrer oder zur Wahrnehmung der Disziplin nur ein Deutscher angestellt werden, welcher seine wissenschaftliche Befähigung nach Vorschrift des § 11 dargethan hat und gegen dessen Anstellung kein Einspruch von der Staatsregierung erhoben worden ist. — Die Vorschriften der §§ 2 und 3 finden entsprechende Anwendung.

Es folgt § 11, welcher, entsprechend dem ganzen Abschnitte II, Erläuterungen über die „Vorbildung" giebt, und sodann § 12, welcher mit dem Abschnitte III korrespondirt und der Kürze halber auf dessen Bestimmungen über die Staatskontrole verweist:

§ 12. Für die Erhebung des Einspruches gegen die Anstellung finden die Bestimmungen entsprechende Anwendung, welche die Erhebung des Einspruches gegen die Anstellung von Geistlichen regeln (§§ 15—17).[3])

---

[3]) Die Strafbestimmungen, welche dem Abschn. IV entsprechen würden, sind hier durch § 13 ersetzt. Vgl. Hinschius a. a. O. Einleitung S. XXIII. Der Staat kann

2.

Durch welche Organe übt nun aber der Staat seine hierher gehörigen Funktionen aus? — Hierüber namentlich scheinen sich die Ansichten noch nicht hinreichend geklärt zu haben.

Die Prüfung, ob eine anzustellende Persönlichkeit vom Staate zurückzuweisen sei, ist in eminentem Sinne Verwaltungssache; sie ist daher der Verwaltungsbehörde — dem Oberpräsidenten — zugetheilt, und als Korrektiv ein Verwaltungsgerichtshof — denn das ist der Königl. Gerichtshof für kirchliche Angelegenheiten nach dieser Seite hin — aufgestellt. Dieser Organismus zunächst und prinzipiell hat zu prüfen, ob die materiellen Erfordernisse der Anstellbarkeit vorliegen; das Resultat ist Schweigen (d. h. Genehmigung) oder Einspruchserhebung. Daneben hat die Verwaltungsbehörde, wie auf die Befolgung aller Gesetze, natürlich auch darauf zu achten, daß seitens der Kirchen die Kontrole ermöglicht werde, und hat Verstöße jeglicher Art gehörigen Ortes zur Anzeige zu bringen.

Der Staat bedarf aber auch einer geregelten Zwangsgewalt zur Durchführung seiner Vorschriften. Der Zwang kann durch Administrativmaßregeln mit Administrativexekution geübt werden (Schließung der Kirchen und Pfarrhäuser gegen ungesetzlich Angestellte u. dgl.). Es sind aber ferner zum Schutze der Bestimmungen des Gesetzes Strafvorschriften aufgestellt, welche von dem ordentlichen Strafrichter zu handhaben sind. Man wollte, wie sich der Kommissionsbericht des Abgeordnetenhauses (Gneist) ausdrückt, „die Verwaltungsexekutive durch ein System von Ordnungsstrafen unter gerichtlicher Kontrole ersetzen.“ [4])

Der Kreis hierher gehöriger, möglicher Gesetzesverletzungen läßt sich nun wie folgt ausfüllen:

Es könnte strafbar sein die Anstellung bez. die Amtsausübung entweder

1. weil der Angestellte kein Deutscher, oder
2. nicht gehörig vorgebildet, oder
3. entehrend bestraft, bez. in Untersuchung befindlich, oder
4. staatswidrigen Verhaltens mit Grund verdächtig,

oder aber

hier die Gesetzesverletzungen durch Schließung der betreffenden Anstalten wirkungslos machen.

[4]) Drucks. d. Abg.-H. 1872/73. Nr. 144. Hinschius a. a. O.

5. weil die Anstellung ohne vorgängige Benennung des Kandidaten, oder
6. vor Ablauf der Einspruchsfrist, oder
7. trotz erhobenen Einspruches erfolgt ist.

Wäre jeder dieser sieben Fälle strafbar, so könnte betreffs jedes derselben der ordentliche Strafrichter unter Umständen in die Lage kommen, ihn seiner Prüfung zu unterziehen.

Hinsichtlich der Punkte zu 3 und 4 ist dies nun entschieden nicht der Fall. Diese beiden Defekte werden, wie bereits bemerkt, im Gesetze eben nur als Gründe zum Einspruch erwähnt, machen aber an sich die Anstellung so wenig strafbar als nichtig. Beide wird also der Strafrichter niemals zu prüfen haben.

Wie steht es aber mit den Kontraventionen zu 1, 2 und zu 5—7? Ist von diesen jede mit Strafe bedroht? —

Die §§ 22 u. 23 lauten:

> § 22. Ein geistlicher Oberer, welcher den §§ 1—3 zuwider ein geistliches Amt überträgt oder die Uebertragung genehmigt, wird — bestraft. —
>
> § 23. Wer geistliche Amtshandlungen in einem Amte vornimmt, welches ihm den Vorschriften der §§ 1—3 zuwider übertragen worden ist, wird — bestraft. — —

Vorgeschrieben in den §§ 1—3 sind, wie wir sahen, die Requisite der Reichsangehörigkeit und der Vorbildung, sowie die Beobachtung der Kontrolvorschriften. Strafbar ist also die Anstellung bez. die Amtsausübung

1. eines Nicht-Deutschen,
2. eines nicht gehörig Vorgebildeten,
3. unter Verletzung des Kontrolvorschriften.

Mit anderen Worten: zur Strafverhängung genügt der Nachweis, der Angestellte sei nicht Deutscher — oder der Nachweis, derselbe sei nicht gehörig vorgebildet — oder endlich der Nachweis, es sei bei der Anstellung gegen die Kontrolvorschriften gefehlt.

Nach der klaren Bestimmung des Gesetzes sind also auch die Fälle strafbar, in welchen ein formeller Verstoß gar nicht vorliegt, die Benennung erfolgt, die Frist abgewartet, ein Einspruch nicht erhoben ist, nachträglich aber sich zeigt, daß der Angestellte kein Deutscher oder

nicht gehörig vorgebildet ist;[5]) hier hängt also die Entscheidung des Strafrichters lediglich von der Prüfung materieller Eigenschaften des Angestellten ab. Und auch wenn ein materieller Verstoß mit einem formellen konkurrirt, kann der Strafrichter beide seiner Prüfung unterziehen und beide feststellen.

Aber Fälle der ersteren Art werden der Natur der Sache nach nur höchst selten vorkommen. Und in den Fällen der Konkurrenz wird schon die Anklage, und deshalb gezwungener Weise auch der Richter, sich auf den formellen Verstoß beschränken, weil eben wegen mangelhafter Kontrole eine gehörige Prüfung des materiellen impedimentum gar nicht stattgefunden haben (oben zu 5 und 6), bez. der „Einspruch" (oben zu 7) leichter als der materielle defectus zu beweisen sein wird.

Mag also auch eine Prüfung der materiellen Erfordernisse durch den Strafrichter denkbar sein: der Hauptfall für ihn bleibt die Verletzung der Kontrolvorschriften. Ist diese strafbar, so tritt die materielle Prüfung für ihn sehr in den Hintergrund. Ist sie allein zur Strafverhängung nicht hinreichend, so — fehlt es überhaupt an einem wirksamen Schutze der Bestimmungen des Gesetzes. Denn, wie vorauszusehen war und auch in der That eingetreten ist, wird — insbesondere von der katholischen Kirche — dem Staate von vorn herein die Berechtigung zur Prüfung bestritten und die Kontrole prinzipiell unmöglich gemacht; könnte also der Staat diesen prinzipiellen Widerstand nicht durch Strafen überwinden, so wäre die Wirksamkeit des Gesetzes sehr problematisch.

Als Resultat ergiebt sich: prinzipale Aufgabe des Strafrichters ist die Prüfung der formellen Vorschriften — die Prüfung der materiellen Requisite dagegen gebührt prinzipaliter der Verwaltungsbehörde. Ja, es empfiehlt sich, auch vom Standpunkte des Anklägers, die ordentlichen Gerichte so wenig als möglich mit der materiellen Prüfung zu befassen, weil sonst leicht Kontroversen zwischen ihnen und dem (höchsten) Gerichtshofe für kirchliche Angelegenheiten entstehen und das öffentliche Rechtsbewußtsein in einer hier besonders gefährlichen Weise verwirrt wird.

Soviel steht fest: den Paragraph 16, welcher die Gründe zum Einspruch enthält, und welcher die von der Verwaltungsbehörde

[5]) Vorausgesetzt wird dabei freilich der Nachweis des dolus, welcher grade in solchen Fällen leicht zweifelhaft werden kann. Vgl. unten 4.

Wenn aber freilich Julius Stahl als ein Repräsentant der historischen Schule angeführt wird, so müssen wir hiergegen sehr feierlich Verwahrung einlegen.

Ursprünglich von ganz anderen Prinzipien ausgehend — den zu Mystik und Theokratie mißbrauchten Ideen Schellings, man erinnere sich der berüchtigten ersten Ausgabe der Rechtsphilosophie! —, griff erst später dieser bewußte Sophist zu dem Rüstzeug, welches die historische Schule für seinen mit allem Raffinement verfolgten Zweck — der Reaktion in Staat, Kirche, Wissenschaft, Gesellschaft — zu gewähren schien. Und in der That, mit blendender Geschicklichkeit bediente er sich guter Waffen für seine schlechte Sache. Wie aber diesem Manne das wichtigste Kennzeichen der historischen Schule — die Pflege treuer quellenmäßiger Forschung und die Achtung vor quellenmäßiger Wahrheit — abging, das beweist die Art seiner fälschenden und verleumdenden Darstellung aller Staatslehrer, welche seinem Theokratismus widerstrebten, so vor allen Machiavells; Julius Stahl scheute vor keinem dialektischen Mittel, vor keinem schlechten Sophisma zurück, welches ihm sein theokratischer Zweck heiligte: er ist der widerlichste Ausdruck des protestantischen Jesuitenthums.

Die historische Schule kann nicht verantwortlich gemacht werden für den Mißbrauch, die Entweihung ihrer Waffen in den Händen dieses Mannes.

Wie leicht an sich richtige Sätze von extrem entgegengesetzten Parteien extrem verwerthet und dadurch in ein ihrem ursprünglichen Sinne fern liegendes Absurdum geführt werden können, davon legt gerade jene Schule, durch welche auch Ihering mit sichtbar reicher Anregung gewandelt, die Hegel'sche, vielfaches Zeugniß ab. Wie ist doch der Satz: „Alles was ist, ist vernünftig," in höchst wider-vernünftiger Weise zur Rechtfertigung des starrsten Beharrens und des radikalsten Umsturzes mißbraucht worden!

Ganz ähnlich verhält es sich mit der Lehre der historischen Schule von dem leisen, organischen Wachsthum alles Rechtes; man konnte daraus, durch Mißverständniß, die von Ihering so hart angegriffenen Konsequenzen eines die Hände in den Schooß legenden politischen Quietismus ableiten und die Ultra-Conservativen haben sie daraus abgeleitet.

Aber tiefere Erfassung wird umgekehrt aus dem Prinzip unserer Schule die dringende Anforderung ziehen, daß jeder einzelne Träger

des Rechtsbewußtseins mit voller Anspannung seiner geistigen und sittlichen Kräfte sich darüber Klarheit erringe, ob die herrschende Rechtsordnung eine seine eigene subjektive Rechtsvernunft befriedigende sei, und wenn er sich hiebei in Disharmonie mit derselben befindet, daß er mit gleicher Energie auf friedensordnungsmäßigem Wege eine Umgestaltung der herrschenden Normen nach dem ihm vorschwebenden Rechtsideal anstrebe. Denn nur bei solcher Uebereinstimmung gehorcht der Einzelne freudig und freiwillig, im Gegenfalle nur aus staatlicher Disciplin, aus der Einsicht, daß die Anarchie, der Ungehorsam auch um des höher stehenden Rechtsideals willen schlimmer ist als eine noch so verkehrte Rechtsordnung und die Zerstörung des Rechtslebens im Prinzip. Die eifrigste Betheiligung aller Einzelnen in Kritik und Reform des Rechtszustandes wird aber auch um deßwillen von der historischen Schule gefordert, weil sie weiß, daß eine Rechtsordnung desto mehr dann gefährdet, der Verrottung oder dem gewaltsamen Umsturz desto dringender ausgesetzt ist, je mehr sie lediglich auf äußeren geschichtlichen Voraussetzungen oder auf dem Sonderinteresse einzelner Stände und der dumpfen Trägheit der Massen, auf der bloßen Fortwirkung des Geistes der Vergangenheit beruht, daß umgekehrt Gesundheit, Lebenskraft und Sicherheit der herrschenden objektiven „Rechts-Vernunft" desto größer, je wahrhaftiger sie den Ausdruck der gegenwärtigen subjektiven Rechtsvernunft der großen Mehrzahl der Rechtsgenossen bildet. Für die deutsche Reichsverfassung von 1871 gewährt der Zusammenschluß mit der Rechtsüberzeugung des deutschen Volkes eine ganz andere Bürgschaft energischer Vertheidigung als für die des heiligen römischen Reiches oder des deutschen Bundes.

Manches Treffende führt dann der Verfasser aus über den Werth, welchen ein Volk auf einen durch harten Kampf errungenen Rechtssatz legen wird, über die Bewährung nationaler Kraft und politischer Tüchtigkeit in der Gestaltung und Behauptung eines befriedigenden Rechtszustandes. Gewiß hat die Geschichte auch des Privatrechtes, des Civilprozesses, des Strafprozesses in Rom und England die politischen Vorzüge in dem Charakter des römischen und des englischen Volkes fast ebenso klar entfaltet und gesteigert wie die Verfassungsgeschichte dieser Staaten.

Gleichwohl kann man nicht sagen, daß die Mühe des Erringens allein über die Liebe entscheidet, mit welcher ein Volk an einem Rechtsinstitut hängt; der Inhalt, der Werth des dadurch geschützten

Hiernach wäre nichtig eine Anstellung
wegen erhobenen Einspruchs,
wegen Nichtabwartens der Einspruchsfrist;
es fehlte immer noch die dritte Art von Kontravention, die Unterlassung der Benennung des Kandidaten, welche dann so wenig zur Nichtigkeit als zur Strafbarkeit genügen würde.

Freilich ist betreffs des § 17 noch eine andere Interpretation aufgestellt worden. Man sagt, hier (im Gegensatze zu §§ 22, 23) seien alle drei Arten von Kontravention gegen die Kontrolvorschriften betroffen. Wenn nämlich nichtig seien die Anstellungen „zuwider § 1", so gehörten darunter neben den Anstellungen eines Nicht-Deutschen oder eines nicht gehörig Vorgebildeten diejenigen,

1) gegen welche Einspruch erhoben worden;

wenn ferner nichtig seien die Anstellungen „vor Ablauf der Einspruchsfrist", so umfasse dies sowohl

2) diejenigen, bei welchen die Benennung erfolgt ist, die Einspruchsfrist damit zu laufen begonnen hat, aber nicht abgewartet ist,

als auch

3) diejenigen, bei welchen überhaupt keine Benennung erfolgt ist und die Frist deshalb gar nicht zu laufen begonnen hat.

Diese letztere Interpretation ist u. E. absolut unhaltbar. Man bedenke doch! Den Fall zu 3), der nach den notorischen thatsächlichen Verhältnissen als der weitaus häufigste vorauszusehen war — daß die Frist gar nicht beginnt — den hätte das Gesetz bezeichnet mit den Worten „vor Ablauf der Frist". - Es hätte also so ziemlich das Gegentheil von dem gesagt, was es sagen wollte! — Mit dieser Interpretation fällt dann auch das aus der Gegenüberstellung des § 17 und der §§ 22, 23 gezogene Argument: grade der Zusatz im § 17 („oder welche vor Ablauf der — Frist —") beweise, daß durch die bloße Bezugnahme auf § 1 von den drei Kontrolcontraventionen nur die gegen wirklich erfolgten Einspruch betroffen sei; strafbar aus §§ 22, 23, wo der Zusatz fehle, sei also nur dieser eine Fall, nichtig aus § 17 alle drei Fälle. Diese Argumentation ist nach dem Obigen unrichtig; denn wenn §§ 22, 23 nicht alle drei Fälle umfassen, so umfaßt sie, wie gezeigt, auch nicht § 17, vielmehr trotz seines Zusatzes immer nur zwei, und grade der häufigste fehlt dann im § 17 so gut wie in den §§ 22, 23.

In Wahrheit umfaßt aber die bloße Bezugnahme auf § 1

[sch]on alle drei Fälle; in dieser Bezugnahme steckt auch schon der [hä]ufigste derselben — daß wegen unterlassener Anzeige die Frist gar [ni]cht beginnt; als „Zuwiderhandlung gegen § 1“ bedroht ihn [§] 22 mit Strafe, § 17 mit Nichtigkeit, und (der letztere) nicht in den [W]orten, „welche vor Ablauf der — Frist erfolgt.“

Man sage nicht etwa: es liegt in der Natur der Sache, einen [U]nterschied zu machen zwischen der bloßen Unterlassung der Benennung [od]er dem Nichtabwarten der Frist einer-, und dem Zuwiderhandeln [ge]gen ein positives Verbot, einen Einspruch andererseits; es sei des[h]alb gerechtfertigt, nur den letzteren schwereren Fall mit Nichtigkeit [u]nd Strafe, die beiden ersteren gar nicht, oder doch nur mit Nichtig[ke]it zu bedrohen. Das heißt die thatsächlichen Verhältnisse, welche zum [E]rlasse unseres Gesetzes geführt haben, durchaus verkennen. Vom Stand[pu]nkte des Staates — wobei für die Interpretation ganz gleichgültig, [ob] dieser Standpunkt berechtigt — mußte als das Gefährlichste gerade [di]e grundsätzliche Abweisung von Seiten der Kirche erscheinen, [w]elche sich im völligen Ignoriren der Kontrolvorschriften aus[dr]ückt. Und diese gefährlichste Verletzung der „öffentlichen Ordnung“,[7]) [w]elche, wie schon bemerkt, zunächst die häufigste, ja allein praktische [w]erden mußte und geworden ist — die hätte der Gesetzgeber bei Sta[t]uirung sowohl der Nichtigkeit als der Strafbarkeit übergangen! Wenn [e]in konservativer Gegner[8]) dieses Gesetzes in demselben mit Recht nicht [b]los repressive, sondern wesentlich präventive Vorschriften erblickte, so [ka]nn doch gewiß eine wirksame Prävention gegen schädigende Maß[r]egeln der Kirche nur geübt werden, wenn man die Vereitelung [d]er Kontrole für nichtig und strafbar erklärt. Von einem anderen Gegner [w]urde ganz ausdrücklich, wenn auch nicht gerade beifällig, anerkannt, [w]ie geschickt und umsichtig diese Gesetze durch Zwangs- und Strafvor[sc]hriften überall die Pforten verschließen, durch welche man sich ihren Bestimmungen entziehen könnte[9]) — und für die Anzeigepflicht, welche die Basis für die staatliche Prüfung schaffen soll, welche insofern die Vorbedingung für den ganzen übrigen Inhalt unseres Gesetzes bil[d]et, bestände eine solche Zwangs- oder Strafvorschrift nicht?

[7]) Nach der Auffassung der Regierung gehören die hier in Frage kommenden Kontraventionen zur Klasse der „Vergehen wider die öffentliche Ordnung.“ Vgl. die Motive S. 22.

[8]) v. Kleist-Retzow, Stenogr. Ber. d. Herrenh. 1872/73 S. 463.

[9]) v. Mallinkrodt, Stenogr. Ber. d. Abg.-H. 1872/73 S. 1624.

In den allermeisten Fällen aber ist es doch lediglich eine Erwägung der widerstreitenden Interessen, ob der in seinen Vermögensrechten Verletzte klagen soll oder schweigen, und es ist doch wahrlich nicht ein „Moment der Rechtlosigkeit in meinem Leben", wenn ich meinen Schuldner, der den vertragsmäßigen Zahlungstermin nicht einhält, zu verklagen vorläufig oder auch endgültig aus Gutmüthigkeit, oder auch nur aus Bequemlichkeit unterlasse. Ich gebe dadurch nur dieses (subjektive) Recht, nicht, wie Ihering sagt, das (objektive) Recht Preis.

Es ist eben eine petitio principii, eine theoretische Fiktion, daß „das Recht" fortwährend auf allen Punkten vom „Unrecht" negirt werde und daß daher auch fortwährend jede Rechtsverletzung zurückgeworfen werden müsse, damit das „Unrecht" nicht irgendwo in die Lücke eindringe. Der Dieb, der bei dem Bäcker eine Semmel stiehlt, will durchaus nicht das Eigenthum „negiren", sondern nur seinen Hunger.

Richtig ist freilich, daß die Bequemlichkeit, die Gleichgültigkeit in Vertheidigung der Einzelrechte ein Kennzeichen ist für eine wenig stramme, energische Zeit, Nation oder Standesart (sowie zum geringen Theil wohl auch eine Folge des mühelosen, durch Börsenspekulation 2c. vollzogenen Eigenthumserwerbes; indessen sind Börsenspekulanten doch auch nicht selten geizig und zähe genug in Vertheidigung ihrer Beute).

Und hier gelangen wir zu der werthvollsten Seite der interessanten Abhandlung; es ist zugleich diejenige, welche uns auf die psychologische Motivirung, die Entstehungsgründe der ganzen Erörterung hinweist.

So recht nach dem Herzen Rudolfs von Ihering als eifersüchtige „Kämpfer um das Recht" erscheinen unter den Nationen die Römer und die Engländer (er hätte die Isländer beifügen mögen), unter den Ständen der Bauernstand, unter den typischen Gestalten der Dichtung der Jude Shylock; dagegen leidet es keinen Zweifel — das darf ich wohl von meinen liebenswürdigen nächsten Stammesvettern sagen, ohne sie zu überraschen und zu erzürnen —, daß durch Anlage und Geschichte (d. h. Druck des Absolutismus in Staat und Kirche) in den Deutsch-Oesterreichern jene zähe und schneidige „pugnacitas" weniger entwickelt ist als in anderen deutschen Stämmen, namentlich den sächsisch-niederdeutschen, und zum guten Theil war wohl der Vortrag Iherings, aus welchem diese Abhandlung erwachsen, als eine

ine Vorschrift, welche die Verletzung des § 1 bedroht, von selbst auch Verletzungen der im Abschnitt II. und III. auferlegten Pflichten. Das Bestreben, die Struktur des Gesetzes möglichst harmonisch zu gestalten, hat dahin geführt, den Abschnitt I. als festen Mittelpunkt hinzustellen und nur auf ihn in den Erläuterungsabschnitten II. und III. wie in den Schutzvorschriften des Abschnittes IV. zurückzuweisen; das darf aber an dem klar zu Tage liegenden gegenseitigen Verhältnisse der einzelnen Theile des Gesetzes nicht irre machen. In den §§ 17, 22, 23 ist durch Citirung des § 1 der § 15 implicite mitcitirt, so gut als wenn § 1 lautete:

Ein geistliches Amt darf — nur einem Deutschen übertragen werden, welcher seine wissenschaftliche Vorbildung nach den Vorschriften dieses Gesetzes dargethan hat (§§ 4 ffg.) und gegen dessen Anstellung kein Einspruch von der Staatsregierung erhoben worden ist („§§ 15 ffg.").

Diese Bezugnahme auf § 15 ist mit innerer Nothwendigkeit geboten; das neu geschaffene, im § 1 angedeutete Institut des Einspruchs schwebt in der Luft ohne die Vorschriften, welche der Kontrole erst Realität geben. Das Requisit des § 1, daß kein Einspruch erhoben worden, steht nur dann fest, wenn die Benennung erfolgt, und die Frist abgelaufen ist, weil sonst in infinitum bez. bis zum Ablauf der letzteren noch Einspruch erhoben werden kann.[10]) Folglich ist bei einer Anstellung ohne Benennung oder vor Ablauf der Frist jenes Requisit nie gewahrt und damit dem § 1 stets zuwidergehandelt. —

---

[10]) Das App.-Ger. zu Ratibor beruft sich auf die Lehre von den negativen Bedingungen. — Nach dem Obigen kann man sagen, daß die Benennung Voraussetzung des im § 1 enthaltenen Requisits ist. Wenn aber die „Motive" des Entwurfs einer Deklaratoria zu unserem Gesetz dies soweit ausdehnen, daß ein Einspruch ohne Benennung überhaupt undenkbar, und deshalb letztere im § 1 stillschweigend vorausgesetzt sei, so ist dem nicht beizutreten. Auch ohne Benennung könnte vor wie nach der Anstellung Einspruch erhoben werden, nur ist dies bei richtiger Interpretation nicht nöthig, weil jene Unterlassung allein dieselben Wirkungen hat wie die Erhebung des Einspruchs. Die Motive sagen: „ohne Benennung gilt die Anstellung als nicht geschehen (§ 17), und gegen einen nicht geschehenen Akt kann selbstverständlich auch kein Einspruch erhoben werden." Ein befremdlicher Trugschluß! Der Einspruch erfolgt ja nicht gegen ein Factum, sondern gegen ein Futurum, setzt also sicherlich nicht einen an sich gültigen Akt voraus. Wenn die Benennung erfolgt, aber die Anstellung noch nicht vorgenommen ist, dann kann doch Einspruch gegen die letztere erhoben werden, obwohl sie dann (s. v.) noch viel weniger geschehen ist, als in dem von den „Motiven" vorausgesetzten Falle!

Bestätigt wird unsere Ansicht u. A. auch durch § 2. Dieser schreibt vor, daß Stellvertretung oder Hülfsleistung der definitiven Anstellung gleich geachtet werden soll — ausgenommen wenn Gefahr im Verzuge. Und worin besteht hier die „Ausnahme“? Etwa darin, daß dann die Stellvertretung oder Hülfsleistung trotz Einspruchs angeordnet werden kann? Keineswegs; vielmehr darin, daß die Anordnung „einstweilen und vorbehaltlich des Einspruchs“ ergehen kann. Dies läßt aber zurückschließen auf eine Regel, wonach nicht bloß erhobener Einspruch berücksichtigt, sondern auch die Erhebung desselben abgewartet, die Frist dazu durch die Benennung des Kandidaten eröffnet werden soll. Und insofern schon der § 2 diese Regel als in § 1 enthalten voraussetzt, zeigt sich auch hierdurch wieder, daß die Schlußworte des letzteren die Pflichten des geistlichen Oberen durchaus nicht auf die Unterlassung der Anstellung bei erhobenem Einspruch beschränken sollen.

Wie man zu der etwas engen und nicht ganz glücklichen Fassung jener Worte gekommen, ist gar nicht zweifelhaft. Man wollte auch den Schein usurpatorischen Eingreifens in das kirchliche Gebiet vermeiden und deshalb dem Staat weder ein Ernennungs- noch auch ein „Bestätigungs“-Recht vindiciren; vielmehr wurde ein rein passives Verhalten desselben als Regel hingestellt, und nur unter Umständen eine Abwehr gefährlicher Elemente gestattet. So erschien der „Einspruch“ als die einzige positive Thätigkeit des Staates, und die Zulässigkeit der Anstellung wurde nicht positiv an eine staatliche Bestätigung, sondern negativ an das Nichtvorhandensein des Einspruchs geknüpft:

„gegen dessen Anstellung kein Einspruch — erhoben worden ist.“

Wenn also hier nur die Pflicht, nicht gegen Einspruch zu handeln, erwähnt ist, so sollen damit nicht die Pflichten der Anzeige und des Abwartens der Frist, sondern nur die Pflicht, eine besondere Bestätigung einzuholen, ausgeschlossen sein.[11]) — Der „Einspruch“,

[11]) Vergl. die Motive. Der Staat sucht „eine indirecte Einwirkung auf die Anstellung der Geistlichen sich zu verschaffen.“ (Rede des Minister Falk im Herrenhause. Stenogr. Ber. S. 521.) — Uebrigens ist der Unterschied zwischen „Einspruchsrecht“ und „Bestätigungsrecht“ doch nicht weit her. Die Polemik von Hinschius (Anm. 9 zu § 15) gegen das Windhorst'sche Paradoxon, „Einspruchs-“ und „Anstellungs-“ Recht seien im Grunde dasselbe, ist gewiß berechtigt. Aber ein „Bestätigungs“-Recht hat allerdings der Sache nach derjenige, der Einspruch erheben kann, wenn dasselbe auch gesetzlich begränzt ist und eventuell nur durch Schweigen Ausdruck findet. Wäre im § 1 eine positive Bezeichnung wie „Bestätigung“ nicht mit solcher Aengstlichkeit vermieden worden, so wären solche Interpretationen wie die hier bekämpfte unmöglich. Vergl. auch Drucks. des Abg.-H. 1872/73. No. 128. S. 141.

als das allein Positive, tritt so sehr in den Vordergrund, daß der § 28 die §§. 1, 3, 10, 12, 15 und 16 als „Vorschriften über das Einspruchsrecht des Staates" bezeichnet, daß insbesondere im § 12 der ganze Komplex von Vorschriften über die staatliche Kontrole, wie er sich in den „§§ 15—17" findet, unter ausdrücklicher Anführung der letzteren[12]) zusammengefaßt wird als „Bestimmungen, welche die Erhebung des Einspruchs gegen die Anstellung von Geistlichen regeln."

Der eben erwähnte § 12 steht, wie unter 1 oben ausgeführt ist, in demselben Verhältniß zum § 10, wie der Abschnitt III. zum § 1; d. h. Abschnitt III. und § 12 erläutern die in den §§ 1 und 10 gleichlautenden Worte:

„gegen dessen Anstellung kein Einspruch von der Staatsregierung erhoben worden ist."

Wenn also § 12 dieselben durch ausdrückliche Heranziehung der §§ 15—17 erläutert, so ist es klar, daß dieselbe Heranziehung für dieselben Worte auch bei § 1 geboten ist.

Als Resultat ergiebt sich:

A. Zur Begründung einer Anklage gemäß §§ 22, 23 genügt der Nachweis, daß entweder

1) der Angestellte kein Deutscher, oder
2) nicht gehörig vorgebildet, oder
3) der Kandidat dem Oberpräsidenten nicht benannt, oder
4) die Einspruchsfrist nicht abgewartet, oder
5) die Anstellung troß erhobenen Einspruchs erfolgt ist,

weil alle diese Fälle Zuwiderhandlungen gegen § 1 bilden, folglich durch § 22, 23 bedroht sind.

B. In denselben Fällen ist die Anstellung nichtig, weil § 17 die dem § 1 zuwiderlaufenden Amtsübertragungen für nichtig erklärt.

Wenn also § 17 noch außerdem den Fall Nr. 4 besonders hervorhebt, so ist das ein überflüssiger Zusatz. Dieses letztere Ergebniß erschüttert aber die hier vertheidigte Ansicht in keiner Weise. Denn der Zusatz ist erst vom Abgeordnetenhause in den § hineingebracht worden, er fehlte in der Regierungsvorlage, in welcher nur stand:

Die Uebertragung eines geistlichen Amtes, welche der Vorschrift des § 1 zuwiderläuft, gilt als nicht geschehen.

Als Grund des Einschiebsels

---

[12]) Das Citat ist von der Kommission des Abg.-H. beigefügt.

„oder welche vor Ablauf der — Frist erfolgt"
giebt der Commissionsbericht die Absicht an, die eigentliche Meinung „vollständiger auszudrücken." Man war also darüber einig, daß etwas Neues eigentlich nicht hineingebracht wurde, der betreffende Fall vielmehr unter den Zuwiderhandlungen gegen § 1 schon enthalten war. Daß man gerade diesen der drei Contraventionsfälle zu größerer Deutlichkeit noch besonders hervorhob, erklärt sich einfach daraus, daß die Pflicht, die Frist abzuwarten, explicite noch nicht erwähnt war, während die Pflicht, nicht gegen Einspruch anzustellen, im § 1, und die Pflicht der Benennung im § 15 mit dürren Worten steht. Freilich hätte man konsequenter Weise den Zusatz dann auch in den §§ 22, 23 einschalten sollen. Daß man es nicht gethan, kann die letzteren im Sinne der Kommission höchstens undeutlicher machen, nimmt aber den in Wahrheit von ihnen betroffenen Fällen nichts hinweg, so wenig als der Zusatz im § 17 in Wahrheit einen neuen Fall hinzufügte.[13]) Jedenfalls hat weder bei § 17 noch bei den §§ 22, 23 damals Jemand daran gedacht, daß auch der Fall unterlassener Benennung zu Bedenken Anlaß geben könnte.

Die hier vertretene Ansicht wird von einer Anzahl Gerichte nicht getheilt. Nachdem zuerst — soweit bekannt geworden — die Kreisgerichts-Deputation zu Tarnowitz einen Geistlichen freigesprochen hatte, weil nur die Unterlassung der Benennung, nicht die Erhebung des Einspruchs festgestellt werden konnte, sind mehrfach auch von anderen Gerichten ähnliche Entscheidungen ergangen. Die Widerlegung der dafür angeführten Gründe ist oben im Zusammenhange versucht worden; hier nur noch Folgendes.

In dem erwähnten Erkenntniß hat das Tarnowitzer Gericht u. A. behauptet, daß der Inhalt der Motive und der in der General-Debatte gehaltenen Reden, insbesondere einer solchen des Abgeordneten von Bennigsen, seine Ansicht unterstütze. Dies ist thatsächlich unrichtig; weder die Motive noch die Generaldebatte geben irgend einen Anhalt für die engere Interpretation. In einem neueren Erkenntniß vom 17. Januar 1874 hat dasselbe Gericht die betreffende Aeußerung von Ben-

[13]) Auch Hinschius Anm. 2 und 3 zu § 17 erklärt den Zusatz für überflüssig; ebenso die Motive des Entwurfs eines Gesetzes wegen Deklaration und Ergänzung unseres Gesetzes.

nigsen's näher bezeichnet und außerdem für seine Ansicht einige Worte des Minister Falk (Stenogr. Ber. des Herrenhauses 1872/73 S. 521) angeführt. Beide Stellen besagen, daß die trotz erhobenen Einspruchs erfolgte Uebertragung ungiltig bez. strafbar sei — deuten aber mit keiner Silbe darauf hin, daß der erwähnte Fall einer Kontravention gegen die Kontrolvorschriften der einzige sei. Im Gegentheil ließe sich unschwer nachweisen, daß einer Rede des Abgeordneten Mallinckrodt (Stenogr. Ber. S. 1625) die hier vertheidigte weitere Interpretation zu Grunde liegt. Indessen kommt ja auf dergleichen Aeußerungen einzelner Mitglieder der gesetzgebenden Versammlungen für die Gesetzesauslegung wenig an.

Wenn in den freisprechenden Entscheidungen mehrfach als Grund vorgebracht wird, daß man Strafgesetze nicht extensiv auslegen dürfe (so wieder in dem neueren Tarnowitzer Erkenntniß, unter Anführung des unglücklichen § 46 Einl. A. L. R.), so sollte man sich endlich doch des geringen Werthes solcher allgemeinen Principien für die concrete Entscheidung bewußt werden. Noch immer kehren sie in der Praxis viel zu häufig wieder; wie ich denn einst einen Anwalt gegen die Abweisung seiner total unsubstantiirten Klage deshalb protestiren hörte, weil ja schon die Allg. Ger.-Ordn. vor Vervielfältigung der Prozeße warne! Der Richter hat auch im Strafrecht mit allen Hülfsmitteln der Logik den Sinn des Gesetzes zu erforschen; findet er Gründe für die weitere Interpretation, dann muß er strafen, findet er keine, dann spricht er frei. Ob solche Gründe hier vorliegen, das ist ja eben streitig; wir behaupten, deren zu haben, und zwar sehr gewichtige.[14])

Jedenfalls, hat man schließlich gesagt, genügt die bloße Unterlassung der Benennung dann zur Strafbarkeit nicht, wenn der Oberpräsident auf anderem Wege von der beabsichtigten Ernennung Kenntniß erhalten und keinen Einspruch erhoben hat. Das ist doch offenbar unrichtig. Die Benennung ist im staatlichen Interesse als öffentlich-rechtliche Pflicht vorgeschrieben, welche zur festen Institution werden, und zwar im Nothfalle durch Zwangsmittel werden soll. Die Unterlassung begründet an und für sich die Strafbarkeit, weil nur auf diesem Wege die vom

[14]) Das von Hinschius gegen den Satz von der extensiven Interpretation angeführte Argument — es handle sich gar nicht um die Interpretation des Strafgesetzes (§ 23), sondern um die des § 1 — scheint mir freilich wenig stichhaltig. Denn wenn wir aus § 23 Zuwiderhandlungen gegen § 1 strafen, so wird letzterer insofern ein Bestandtheil des Strafgesetzes und ist dann ebensowenig extensiv zu interpretiren.

Staate gewollte feste Ordnung geschaffen werden kann; die anderweite Kenntniß des Oberpräsidenten kann die Pflichtverletzung des Obern und die daraus resultirende Strafbarkeit sowohl des letzteren als des Angestellten nicht wieder aufheben. —

Die Staatsregierung hat in den erwähnten Freisprechungen eine Gefährdung des Rechtszustandes erblickt, und, ohne einen Ausspruch des höchsten Gerichtshofes[14a]) abzuwarten, den Entwurf eines Gesetzes dem Landtage vorgelegt, in welchem neben einigen Ergänzungen des Gesetzes vom 11. Mai durch eine Deklaration die weiter gehende Interpretation jedem Zweifel entrückt werden soll; daß dieselbe auch jetzt schon die allein haltbare sei, wird in den beigegebenen „Motiven" ausdrücklich hervorgehoben. Artikel 1 dieses Gesetzentwurfes[15]) lautet:

> Das Gesetz vom 11. Mai 1873 wird dahin deklarirt, daß die Uebertragung eines geistlichen Amtes, sowie die Genehmigung einer solchen Uebertragung auch dann den Vorschriften der §§ 1—3 des Gesetzes zuwider sind, wenn dieselben ohne die im § 15 daselbst vorgeschriebene Benennung des Kandidaten oder vor dieser Benennung oder vor Ablauf der im § 15 für die Erhebung des Einspruchs gewährten Frist erfolgen.

Diese Deklaration bezieht sich allgemein auf das ganze Gesetz, und es ist gewiß nur zu billigen, daß dem hervorgetretenen Mißverständniß der in innigem Zusammenhange mit einander stehenden Paragraphen möglichst umfassend Abhülfe geschafft wird. Die Gleichstellung der drei Arten von Kontraventionen gegen die Kontrolvorschriften wird hier ausdrücklich anerkannt; neben dem Zuwiderhandeln gegen erhobenen Einspruch steht mit gleicher Wirkung die Unterlassung der Benennung und das Nichtabwarten der Frist. Der Entwurf fügt scheinbar noch einen neuen Fall hinzu, den der Anstellung vor der Benennung; es ist indessen von selbst klar, daß es gleichgültig ist, ob die Benennung überhaupt nicht, oder ob sie erst nach der Anstellung erfolgt. Deshalb wurde der letztere Fall oben unter der Rubrik „Anstellung ohne Benennung" mit einbegriffen, und es ist nur eine Cautel gegen abermalige

---

[14a]) welcher indessen den Tagesblättern zufolge nunmehr ergangen ist und die hier vertretene Ansicht adoptirt hat.

[15]) Entwurf eines Gesetzes wegen Declaration und Ergänzung des Gesetzes vom 11. Mai 1873 über die Vorbildung und Anstellung der Geistlichen. — Inzwischen sind die Bestimmungen dieser Deklaration am 7. Mai 1874 vom Abgeordnetenhause angenommen worden.

Mißverständniße, wenn derselbe besonders hervorgehoben wird. — Declarirt sind hiernach in specie: der § 1 dahin, daß dem dritten Requisit desselben nur dann genügt ist, wenn nach erfolgter Benennung während der gesetzlichen Frist kein Einspruch erhoben ist — die §§ 22, 23 und der § 17 dahin, daß dem § 1 zuwider alle drei Arten von Kontraventionen sind, woraus dann von selbst folgt, daß die nochmalige Hervorhebung der einen im § 17 eine Tautologie ist. — Als Declaration wird der Artikel 1 nach bekannten Grundsätzen auch auf alle früher vorgekommenen Straffälle Anwendung finden müssen, soweit dieselben beim Inkrafttreten der Declaratoria noch nicht rechtskräftig (eventuell mit relativer Rechtskraft) entschieden sind.

Die oben bekämpfte Interpretation wird hiernach für die Zukunft unmöglich sein. Da dieselbe indeß, wie wir zu zeigen versuchten, auf einer Verkennung der gesammten Struktur des Gesetzes beruhte, so bedarf es keiner besonderen Ausführung, wie wichtig die Kontroverse auch künftig, als ein Stück Dogmengeschichte, für eine nach allen Seiten hin correcte Anwendung des Gesetzes bleiben wird — abgesehen davon, daß sie das allgemeine Interesse in ungewöhnlichem Maaße erregt hat.

4.

Die §§ 22, 23, als normale, von dem ordentlichen Richter zu handhabende Strafgesetze, stehen unter den allgemeinen Principien des Strafrechts, wie sie in der Wissenschaft und Praxis ausgebildet und insbesondere in dem Allgemeinen Theil des deutschen Reichsstrafgesetzbuches niedergelegt sind. Zwar bezeichnet der Kommissionsbericht des Abgeordnetenhauses die Strafen, um welche es sich hier handelt, mehrfach als „Ordnungsstrafen“; es liegt indessen kein Grund vor für die Annahme, daß damit ein Unterschied von anderen, normalen Strafgesetzen hätte statuirt werden sollen. Jedenfalls wäre eine solche Ansicht durchaus zu verwerfen.

Nach allgemeinen Grundsätzen kann eine Handlung als dolose oder kulpose mit Strafe bedroht sein. In beiden Fällen müssen alle diejenigen Momente, welche die Handlung zu einer rechtsverletzenden machen, zum Willen zugerechnet werden können. Häufig läßt sich die Handlung entkleidet von diesen Momenten gar nicht konstruiren; die Tödtung eines Menschen ist stets und ohne Weiteres rechtsverletzend. In anderen Fällen aber liegt ein in sich abgeschlossenes, erlaubtes Handeln vor, welches nur durch ein begleitendes Moment den Charakter der Rechtsverletzung erhält; das Verweilen in der Wohnung

3. Bestrafung oder schwebende Untersuchung wegen entehrender Verbrechen und Vergehen,
4. Gerechtfertigte Annahme staatswidrigen Verhaltens.

Diese Hindernisse werden aber nicht gleichmäßig behandelt. Die einen wirken absolut, indem sie jede Ernennung eines damit Behafteten nichtig machen, — die anderen äußern nur in sofern ihre Wirkung, als sie dem Staate die Befugniß zur Verhinderung der Anstellung verleihen. Eine Analogie bietet sich von selbst dar: die impedimenta zerfallen in dirimentia und impedientia. Die Hindernisse zu 1 und 2 gehören zu ersteren, die zu 3 und 4 zu letzteren.

Als absolut wirkend mußte aber auch die Verletzung der Kontrolvorschriften hingestellt werden (II); eine ohne staatliche Kontrole erfolgte Anstellung ist nichtig.

Hieraus ergiebt sich eine andere Gruppirung. Die materiellen Requisite der Reichsangehörigkeit und der gehörigen Vorbildung stellen sich mit dem formellen — der Beobachtung der Kontrolvorschriften — zusammen als unerläßliche, wesentliche Postulate, deren Mangel vernichtet, dar. Die impedimenta aus strafrechtlicher Bescholtenheit oder zu befürchtender Staatsfeindlichkeit kommen nur als Gründe zum staatlichen Einspruch in Betracht.

Die erste Gruppe findet sich in § 1:

> Ein geistliches Amt darf in einer der christlichen Kirchen nur einem Deutschen übertragen werden, welcher seine wissenschaftliche Vorbildung nach den Vorschriften dieses Gesetzes dargethan hat und gegen dessen Anstellung kein Einspruch von der Staatsregierung erhoben worden ist.

Dem zuwiderlaufende Anstellungen sind nichtig; dieser Satz, welcher ebenso gut als § 2 oder 4 gleich hätte folgen können, findet sich im Abschnitt III, „Anstellung der Geistlichen", ausdrücklich ausgesprochen:

> § 17. Die Uebertragung eines geistlichen Amtes, welche der Vorschrift des § 1 zuwiderläuft — — gilt als nicht geschehen.

Im § 16, wo die den staatlichen Einspruch rechtfertigenden Gründe aufgezählt werden, finden sich natürlich sämmtliche materielle Momente vereinigt. Einen Grund zum Einspruch gewähren sowohl die dirimentia, auf welche deshalb unter Nr. 1 verwiesen wird, als die impedientia, welche hier, unter Nr. 2 und 3, zum ersten Male erscheinen.

§ 16. [1]) Der Einspruch ist zulässig:

1) wenn dem Anzustellenden die gesetzlichen Erfordernisse zur Bekleidung des geistlichen Amtes fehlen; [2])

2) wenn der Anzustellende wegen eines Verbrechens oder Vergehens, welches das Deutsche Strafgesetzbuch mit Zuchthaus oder mit dem Verluste der bürgerlichen Ehrenrechte oder dem Verluste der öffentlichen Aemter bedroht, verurtheilt ist oder sich in Untersuchung befindet;

3) wenn gegen den Anzustellenden Thatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß derselbe den Staatsgesetzen

---

[1]) Ueber dessen Entstehungsgeschichte vgl. Hinschius: D. pr. Kirchengesetze (Berlin, J. Guttentag.) zu § 16.

[2]) Mit Hinschius Anm. 1 nehme ich an, daß hier nur die in unserem Gesetze aufgestellten Erfordernisse gemeint sind; ich würde daher das vorliegende Gesetz auf anderweit anerkannte Hindernisse - z. B. die Zugehörigkeit zum Jesuitenorden — gar nicht anwenden. Will man aber mit Hinschius fragen: „Kann und muß ein solches Hinderniß im Wege des Einspruches geltend gemacht werden?" — so sind das zwei von einander zu trennende Fragen. „Kann" — gewiß; weshalb sollte der Oberpräsident nicht Einspruch erheben dürfen, wenn der ihm benannte Kandidat Jesuit, folglich nach Reichsgesetz unfähig ist? Verboten ist ein solcher Einspruch jetzt so wenig wie vor Erlaß der Maigesetze; ja, es dürfte mit zu den allgemeinen Pflichten der Verwaltungsbehörden gehören, derartigen Gesetzesverletzungen zuvorzukommen. „Muß" aber Einspruch erhoben werden, d. h. ist Mangels Einspruches die Anstellung gültig? Das ist offenbar zu verneinen; denn solche Hindernisse, welche nur einen Einspruch begründen, bei Unterlassung desselben aber nicht mehr geltend gemacht werden können, (impedimenta impedientia, wie wir sie nannten), sind ja erst durch unser Gesetz geschaffen. Bei allen übrigen ist die Anfechtbarkeit also nicht durch vorgängigen Einspruch bedingt. So z. B. nicht im Falle der Anstellung eines Jesuiten; dieselbe ist auch ohne Einspruch nichtig. — Dasselbe Resultat gewinnt Hinschius; sein Grund ist aber: weil das absolute Verbot des Reichsgesetzes vorgehe, wogegen, „wollte man den § 16 Nr. 1 auf solche (Anstellung eines Jesuiten) anwenden, so wäre bei vorschriftsmäßiger Benennung, aber nicht rechtzeitig erhobenem Widerspruche die Anstellung gemäß dem vorliegenden Gesetze erfolgt und nicht mehr anfechtbar." Das ist entschieden unrichtig: es widerspricht ja in auffallendster Weise dem auf der folgenden Seite (Anm. 17 zu § 16) stehenden Satze: „Im Falle des Einspruches aus Nr. 1 handelt es sich nicht um einen Einspruch, dessen Erhebung erst die Anstellung ausschließt, sondern um einen solchen, durch dessen Unterlassung, weil er sich auf das Nichtvorhandensein der gesetzlichen Qualifikation gründet, die Anstellung niemals gültig werden kann." — Reichsgesetz und Landesgesetz widersprechen sich hier gar nicht; wollte man Nr. 1 des § 16 auf die Anstellung eines Jesuiten anwenden, so wäre dieselbe auch danach trotz unterlassenen Einspruchs nichtig. Aber man braucht den § 16 gar nicht heranzuziehen, weil derselbe in der That über die aus unserem Gesetze sich ergebenden Requisite nicht hinausgreifen will.

oder den innerhalb ihrer gesetzlichen Zuständigkeit erlassenen Anordnungen der Obrigkeit entgegenwirken oder den öffentlichen Frieden stören werde.

So erscheint der mehrfach verkannte Bau des Gesetzes völlig durchsichtig:

Abschnitt I (Allgemeine Bestimmungen, §§ 1—3) enthält den Kern, die Quintessenz des Ganzen — die unerläßlichen, wesentlichen Postulate (Reichsangehörigkeit, Vorbildung, Beobachtung der Kontrolvorschriften),

Abschnitte II und III erläuternde Einzelbestimmungen dazu, und zwar:

II über die „Vorbildung",

III über die Staatskontrole bei der „Anstellung".

Abschnitt IV den Schutz der Bestimmungen des Abschnitt I durch „Strafbestimmungen."

Interessant ist es, innerhalb des Rahmens des Abschnittes II die Struktur des ganzen Gesetzes in den §§ 10—12 mikrokosmisch wieder zu finden. Das Requisit gesetzlicher Vorbildung für die Anzustellenden bedingt seinerseits wieder Garantien betreffend die Persönlichkeit der an den kirchlichen Vorbildungsanstalten anzustellenden Lehrer. Hierüber verordnet deshalb ganz entsprechend dem Abschnitt I:

§ 10. An den — gedachten — Anstalten darf als Lehrer oder zur Wahrnehmung der Disziplin nur ein Deutscher angestellt werden, welcher seine wissenschaftliche Befähigung nach Vorschrift des § 11 dargethan hat und gegen dessen Anstellung kein Einspruch von der Staatsregierung erhoben worden ist. — Die Vorschriften der §§ 2 und 3 finden entsprechende Anwendung.

Es folgt § 11, welcher, entsprechend dem ganzen Abschnitte II, Erläuterungen über die „Vorbildung" giebt, und sodann § 12, welcher mit dem Abschnitte III korrespondirt und der Kürze halber auf dessen Bestimmungen über die Staatskontrole verweist:

§ 12. Für die Erhebung des Einspruches gegen die Anstellung finden die Bestimmungen entsprechende Anwendung, welche die Erhebung des Einspruches gegen die Anstellung von Geistlichen regeln (§§ 15—17).[3])

[3]) Die Strafbestimmungen, welche dem Abschn. IV entsprechen würden, sind hier durch § 13 ersetzt. Vgl. Hinschius a. a. O. Einleitung S. XXIII. Der Staat kann

2.

Durch welche Organe übt nun aber der Staat seine hierher gehörigen Funktionen aus? — Hierüber namentlich scheinen sich die Ansichten noch nicht hinreichend geklärt zu haben.

Die Prüfung, ob eine anzustellende Persönlichkeit vom Staate zurückzuweisen sei, ist in eminentem Sinne Verwaltungssache; sie ist daher der Verwaltungsbehörde — dem Oberpräsidenten — zugetheilt, und als Korrektiv ein Verwaltungsgerichtshof — denn das ist der Königl. Gerichtshof für kirchliche Angelegenheiten nach dieser Seite hin — aufgestellt. Dieser Organismus zunächst und prinzipiell hat zu prüfen, ob die materiellen Erfordernisse der Anstellbarkeit vorliegen; das Resultat ist Schweigen (d. h. Genehmigung) oder Einspruchserhebung. Daneben hat die Verwaltungsbehörde, wie auf die Befolgung aller Gesetze, natürlich auch darauf zu achten, daß seitens der Kirchen die Kontrole ermöglicht werde, und hat Verstöße jeglicher Art gehörigen Ortes zur Anzeige zu bringen.

Der Staat bedarf aber auch einer geregelten Zwangsgewalt zur Durchführung seiner Vorschriften. Der Zwang kann durch Administrativmaßregeln mit Administrativexekution geübt werden (Schließung der Kirchen und Pfarrhäuser gegen ungesetzlich Angestellte u. dgl.). Es sind aber ferner zum Schutze der Bestimmungen des Gesetzes Strafvorschriften aufgestellt, welche von dem ordentlichen Strafrichter zu handhaben sind. Man wollte, wie sich der Kommissionsbericht des Abgeordnetenhauses (Gneist) ausdrückt, „die Verwaltungsexekutive durch ein System von Ordnungsstrafen unter gerichtlicher Kontrole ersetzen.“ [4])

Der Kreis hierher gehöriger, möglicher Gesetzesverletzungen läßt sich nun wie folgt ausfüllen:

Es könnte strafbar sein die Anstellung bez. die Amtsausübung entweder

1. weil der Angestellte kein Deutscher, oder
2. nicht gehörig vorgebildet, oder
3. entehrend bestraft, bez. in Untersuchung befindlich, oder
4. staatswidrigen Verhaltens mit Grund verdächtig,

oder aber

---

hier die Gesetzesverletzungen durch Schließung der betreffenden Anstalten wirkungslos machen.

[4]) Drucks. d. Abg.-H. 1872/73. Nr. 144. Hinschius a. a. O.

5. weil die Anstellung ohne vorgängige Benennung des Kandidaten, oder
6. vor Ablauf der Einspruchsfrist, oder
7. trotz erhobenen Einspruches erfolgt ist.

Wäre jeder dieser sieben Fälle strafbar, so könnte betreffs jedes derselben der ordentliche Strafrichter unter Umständen in die Lage kommen, ihn seiner Prüfung zu unterziehen.

Hinsichtlich der Punkte zu 3 und 4 ist dies nun entschieden nicht der Fall. Diese beiden Defekte werden, wie bereits bemerkt, im Gesetze eben nur als Gründe zum Einspruch erwähnt, machen aber an sich die Anstellung so wenig strafbar als nichtig. Beide wird also der Strafrichter niemals zu prüfen haben.

Wie steht es aber mit den Kontraventionen zu 1, 2 und zu 5—7? Ist von diesen jede mit Strafe bedroht? —

Die §§ 22 u. 23 lauten:

> § 22. Ein geistlicher Oberer, welcher den §§ 1—3 zuwider ein geistliches Amt überträgt oder die Uebertragung genehmigt, wird — bestraft. —
>
> § 23. Wer geistliche Amtshandlungen in einem Amte vornimmt, welches ihm den Vorschriften der §§ 1—3 zuwider übertragen worden ist, wird — bestraft. — —

Vorgeschrieben in den §§ 1—3 sind, wie wir sahen, die Requisite der Reichsangehörigkeit und der Vorbildung, sowie die Beobachtung der Kontrolvorschriften. Strafbar ist also die Anstellung bez. die Amtsausübung

1. eines Nicht-Deutschen,
2. eines nicht gehörig Vorgebildeten,
3. unter Verletzung des Kontrolvorschriften.

Mit anderen Worten: zur Strafverhängung genügt der Nachweis, der Angestellte sei nicht Deutscher — oder der Nachweis, derselbe sei nicht gehörig vorgebildet — oder endlich der Nachweis, es sei bei der Anstellung gegen die Kontrolvorschriften gefehlt.

Nach der klaren Bestimmung des Gesetzes sind also auch die Fälle strafbar, in welchen ein formeller Verstoß gar nicht vorliegt, die Benennung erfolgt, die Frist abgewartet, ein Einspruch nicht erhoben ist, nachträglich aber sich zeigt, daß der Angestellte kein Deutscher oder

nicht gehörig vorgebildet ist;[5]) hier hängt also die Entscheidung des Strafrichters lediglich von der Prüfung materieller Eigenschaften des Angestellten ab. Und auch wenn ein materieller Verstoß mit einem formellen konkurrirt, kann der Strafrichter beide seiner Prüfung unterziehen und beide feststellen.

Aber Fälle der ersteren Art werden der Natur der Sache nach nur höchst selten vorkommen. Und in den Fällen der Konkurrenz wird schon die Anklage, und deshalb gezwungener Weise auch der Richter, sich auf den formellen Verstoß beschränken, weil eben wegen mangelhafter Kontrole eine gehörige Prüfung des materiellen impedimentum gar nicht stattgefunden haben (oben zu 5 und 6), bez. der „Einspruch“ (oben zu 7) leichter als der materielle defectus zu beweisen sein wird.

Mag also auch eine Prüfung der materiellen Erforderniße durch den Strafrichter denkbar sein: der Hauptfall für ihn bleibt die Verletzung der Kontrolvorschriften. Ist diese strafbar, so tritt die materielle Prüfung für ihn sehr in den Hintergrund. Ist sie allein zur Strafverhängung nicht hinreichend, so — fehlt es überhaupt an einem wirksamen Schutze der Bestimmungen des Gesetzes. Denn, wie vorauszusehen war und auch in der That eingetreten ist, wird — insbesondere von der katholischen Kirche — dem Staate von vorn herein die Berechtigung zur Prüfung bestritten und die Kontrole prinzipiell unmöglich gemacht; könnte also der Staat diesen prinzipiellen Widerstand nicht durch Strafen überwinden, so wäre die Wirksamkeit des Gesetzes sehr problematisch.

Als Resultat ergiebt sich: prinzipale Aufgabe des Strafrichters ist die Prüfung der formellen Vorschriften — die Prüfung der materiellen Requisite dagegen gebührt prinzipaliter der Verwaltungsbehörde. Ja, es empfiehlt sich, auch vom Standpunkte des Anklägers, die ordentlichen Gerichte so wenig als möglich mit der materiellen Prüfung zu befassen, weil sonst leicht Kontroversen zwischen ihnen und dem (höchsten) Gerichtshofe für kirchliche Angelegenheiten entstehen und das öffentliche Rechtsbewußtsein in einer hier besonders gefährlichen Weise verwirrt wird.

Soviel steht fest: den Paragraph 16, welcher die Gründe zum Einspruch enthält, und welcher die von der Verwaltungsbehörde

[5]) Vorausgesetzt wird dabei freilich der Nachweis des dolus, welcher grade in solchen Fällen leicht zweifelhaft werden kann. Vgl. unten 4.

vorzunehmende Prüfung der materiellen Erfordernisse in feste gesetzliche Schranken bannt, **hat der Strafrichter gar nicht anzuwenden.** Von den darin enthaltenen impedimentis kümmern ihn zwei überhaupt nicht (die Bescholtenheit und der Verdacht der Staatsfeindlichkeit); die anderen gesetzlichen Requisite (Reichsangehörigkeit und Vorbildung), auf welche § 16 Nr. 1 verweist, können seiner Kognition unterliegen, aber nicht in sofern sie nach § 16 die Verwaltungsbehörde zum Einspruch berechtigen, sondern in sofern sie nach §§ 1, 22 u. 23 die Strafbarkeit begründen. Wenn also den Berichten der Tagesblätter zufolge viele Gerichte nur strafen wollen, wenn ihnen entweder der Beweis des erfolgten Einspruches oder der Beweis einer der im § 16 erwähnten Thatsachen erbracht wird, so ist Letzteres jedenfalls eine Ungenauigkeit, vielleicht aber noch mehr — nämlich ein Symptom dafür, daß die Stellung des § 16 im Gesetze, die von letzterem getroffene Vertheilung der Arbeit unter verschiedene Organe, und damit seine ganze Struktur verkannt wird. [6]) —

3.

In dem Bisherigen ist der „Kontrolvorschriften" stets ganz allgemein im Gegensatze zu den materiellen Requisiten gedacht worden. Daß § 1 auch die Beobachtung der Kontrolvorschriften verlange, daß durch Verletzung derselben die Anstellung nichtig werde, wurde unter 1 gesagt; unter 2 wurde diese Verletzung ganz allgemein als strafbar bezeichnet. Es wurde indessen auch schon darauf hingewiesen, daß diese Vorschriften dahin gehen:

den Kandidaten zu benennen,

---

[6]) Man vergleiche z. B., wie in dem Tarnowitzer Erk. vom 17. Januar 1874 (abgedruckt „Germania" Nr. 29) § 1 und 16 durcheinander geworfen, die Verschiedenheit in der Behandlung der einzelnen Nummern des § 16 gänzlich verkannt und die Thatsache völlig ignorirt wird, daß das Gesetz die Beobachtung der formellen Vorschriften den materiellen Erfordernissen koordinirt und auch die ersteren erzwingen wollte und mußte! S. besonders ad II, 3, alinea 1 des Erk. Das Mißverständniß gipfelt in dem Satze: „Wäre es nun dem Oberpräsidenten oder dem Landrathe erlaubt und ganz von deren Belieben abhängig, ohne Erhebung eines Einspruches durch eine auf Grund der nicht erfolgten Anzeige erlassene, im Gesetze aber nicht vorgeschriebene Bekanntmachung den Angekl. in den erforderlichen dolus zu versetzen und damit strafbar zu machen, — dann würden die Schranken, welche die Gesetzgebungsfaktoren dem Einspruchsrechte gezogen haben, wieder beseitigt, und, was durch die eine Thür hinausgeworfen, durch eine andere wieder zugelassen sein."

die Einspruchsfrist abzuwarten,

bei erhobenem Einspruche die Anstellung zu unterlassen.

Es fragt sich: sind nach allen drei Richtungen hin Zuwiderhandlungen

1. nichtig,

2. strafbar? —

Sowohl der die Nichtigkeit aussprechende § 17 als die Strafvorschriften §§ 22, 23 nehmen auf § 1 Bezug. Die Beantwortung der Frage, was nichtig, was strafbar sei, scheint also vor Allem von dem Wortlaute des § 1 abzuhängen.

Während dieser nun die materiellen Requisite der Reichsangehörigkeit und der Vorbildung in völlig genügender Weise ausdrückt, giebt hinsichtlich der Kontrole seine Fassung zu Bedenken Anlaß. Er sagt nicht, wie bisher stillschweigend vorausgesetzt wurde, ein geistliches Amt dürfe nur demjenigen übertragen werden,

bei dessen Anstellung die Vorschriften über die von der Staatsregierung zu übende Kontrole beobachtet sind,

sondern:

„gegen dessen Anstellung kein Einspruch von der Staatsregierung erhoben worden ist."

Folglich — so könnte man argumentiren, und so haben einzelne Gerichte argumentirt — folglich ist aus §§ 22, 23, insofern dieselben formelle Zuwiderhandlungen gegen § 1 bedrohen, nur dann zu strafen, wenn gegen die Anstellung

„Einspruch von der Staatsregierung erhoben worden ist,"

nicht aber genügt es zur Strafbarkeit, wenn

entweder die Benennung des Kandidaten unterlassen,

oder die Einspruchsfrist nicht abgewartet worden ist.

Betreffs der Nichtigkeit stellt sich die Sache in sofern etwas anders, als § 17 sich nicht mit der bloßen Bezugnahme auf § 1 begnügt, sondern den Fall der nicht abgewarteten Einspruchsfrist noch besonders erwähnt.

Die Uebertragung eines geistlichen Amtes, welche der Vorschrift des § 1 zuwiderläuft, oder welche vor Ablauf der im § 15 für die Erhebung des Einspruches gewährten Frist erfolgt, gilt als nicht geschehen.

Hiernach wäre nichtig eine Anstellung
wegen erhobenen Einspruchs,
wegen Nichtabwartens der Einspruchsfrist;

es fehlte immer noch die dritte Art von Kontravention, die Unterlassung der Benennung des Kandidaten, welche dann so wenig zu Nichtigkeit als zur Strafbarkeit genügen würde.

Freilich ist betreffs des § 17 noch eine andere Interpretation aufgestellt worden. Man sagt, hier (im Gegensatze zu §§ 22, 23) seien alle drei Arten von Kontravention gegen die Kontrolvorschriften betroffen. Wenn nämlich nichtig seien die Anstellungen „zuwider § 1", so gehörten darunter neben den Anstellungen eines Nicht-Deutschen oder eines nicht gehörig Vorgebildeten diejenigen,

1) gegen welche Einspruch erhoben worden;

wenn ferner nichtig seien die Anstellungen „vor Ablauf der Einspruchsfrist", so umfasse dies sowohl

2) diejenigen, bei welchen die Benennung erfolgt ist, die Einspruchsfrist damit zu laufen begonnen hat, aber nicht abgewartet ist,

als auch

3) diejenigen, bei welchen überhaupt keine Benennung erfolgt ist, und die Frist deshalb gar nicht zu laufen begonnen hat.

Diese letztere Interpretation ist u. E. absolut unhaltbar. Man bedenke doch! Den Fall zu 3), der nach den notorischen thatsächlichen Verhältnissen als der weitaus häufigste vorauszusehen war — daß die Frist gar nicht beginnt — den hätte das Gesetz bezeichnet mit den Worten „vor Ablauf der Frist". - Es hätte also so ziemlich das Gegentheil von dem gesagt, was es sagen wollte! — Mit dieser Interpretation fällt dann auch das aus der Gegenüberstellung des § 17 und der §§ 22, 23 gezogene Argument: grade der Zusatz im § 17 („oder welche vor Ablauf der — Frist —") beweise, daß durch die bloße Bezugnahme auf § 1 von den drei Kontrolcontraventionen nur die gegen wirklich erfolgten Einspruch betroffen sei; strafbar aus §§ 22, 23, wo der Zusatz fehle, sei also nur dieser eine Fall; nichtig aus § 17 alle drei Fälle. Diese Argumentation ist nach dem Obigen unrichtig; denn wenn §§ 22, 23 nicht alle drei Fälle umfassen, so umfaßt sie, wie gezeigt, auch nicht § 17, vielmehr trotz seines Zusatzes immer nur zwei, und grade der häufigste fehlt dann im § 17 so gut wie in den §§ 22, 23.

In Wahrheit umfaßt aber die bloße Bezugnahme auf § 1

schon alle drei Fälle; in dieser Bezugnahme steckt auch schon der häufigste derselben — daß wegen unterlassener Anzeige die Frist gar nicht beginnt; als „Zuwiderhandlung gegen § 1“ bedroht ihn § 22 mit Strafe, § 17 mit Nichtigkeit, und (der letztere) nicht in den Worten, „welche vor Ablauf der — Frist erfolgt.“

Man sage nicht etwa: es liegt in der Natur der Sache, einen Unterschied zu machen zwischen der bloßen Unterlassung der Benennung oder dem Nichtabwarten der Frist einer-, und dem Zuwiderhandeln gegen ein positives Verbot, einen Einspruch andererseits; es sei deshalb gerechtfertigt, nur den letzteren schwereren Fall mit Nichtigkeit und Strafe, die beiden ersteren gar nicht, oder doch nur mit Nichtigkeit zu bedrohen. Das heißt die thatsächlichen Verhältnisse, welche zum Erlasse unseres Gesetzes geführt haben, durchaus verkennen. Vom Standpunkte des Staates — wobei für die Interpretation ganz gleichgültig, ob dieser Standpunkt berechtigt — mußte als das Gefährlichste gerade die grundsätzliche Abweisung von Seiten der Kirche erscheinen, welche sich im völligen Ignoriren der Kontrolvorschriften ausdrückt. Und diese gefährlichste Verletzung der „öffentlichen Ordnung“,[7]) welche, wie schon bemerkt, zunächst die häufigste, ja allein praktische werden mußte und geworden ist — die hätte der Gesetzgeber bei Statuirung sowohl der Nichtigkeit als der Strafbarkeit übergangen! Wenn ein konservativer Gegner[8]) dieses Gesetzes in demselben mit Recht nicht blos repressive, sondern wesentlich präventive Vorschriften erblickte, so kann doch gewiß eine wirksame Prävention gegen schädigende Maßregeln der Kirche nur geübt werden, wenn man die Vereitelung der Kontrole für nichtig und strafbar erklärt. Von einem anderen Gegner wurde ganz ausdrücklich, wenn auch nicht gerade beifällig, anerkannt, wie geschickt und umsichtig diese Gesetze durch Zwangs- und Strafvorschriften überall die Pforten verschließen, durch welche man sich ihren Bestimmungen entziehen könnte[9]) — und für die Anzeigepflicht, welche die Basis für die staatliche Prüfung schaffen soll, welche insofern die Vorbedingung für den ganzen übrigen Inhalt unseres Gesetzes bildet, bestände eine solche Zwangs- oder Strafvorschrift nicht?

---

[7]) Nach der Auffassung der Regierung gehören die hier in Frage kommenden Contraventionen zur Klasse der „Vergehen wider die öffentliche Ordnung.“ Vgl. die Motive S. 22.

[8]) v. Kleist-Retzow, Stenogr. Ber. d. Herrenh. 1872/73. S. 463.

[9]) v. Mallinkrodt, Stenogr. Ber. d. Abg.-H. 1872/73 S. 1624.

Daß eine solche Lücke vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt worden, daß derselbe vielmehr alle drei Fälle mit Nichtigkeit und Strafe hat bedrohen wollen — das sollte nicht bestritten werden. Nirgends ist auch in den Motiven oder in den Verhandlungen des Landtages eine Spur davon zu finden, daß man zwischen jenen Fällen hinsichtlich der Folgen Unterschiede hat machen wollen; der Kommissionsbericht des Abgeordnetenhauses spricht wiederholt von einem „System" von Ordnungsstrafen unter gerichtlicher Kontrole, welche die aus dem Gesetze sich ergebenden Pflichten erzwingbar machen und die Verwaltungsexecution ersetzen sollen — ohne hinsichtlich der einzelnen Pflichten einen Unterschied zu statuiren.

Steht aber die Absicht des Gesetzgebers fest, dann fragt es sich gar nicht mehr, ob in den §§ 17, 22, 23 bez. in dem von diesen angezogenen § 1 alle drei Kontraventionsfälle gefunden werden müssen, sondern es genügt, daß sie darin gefunden werden können. Wenn anders Interpretation die Reconstruction des gesetzgeberischen Gedankens ist, so muß es genügen, wenn ein Ausdruck der letzteren überhaupt auffindbar ist; selbst wenn der Ausdruck an sich mehrfacher Deutungen fähig wäre, müßte diejenige adoptirt werden, welche der legislatorischen Absicht entspricht. Deshalb müssen die Worte, nur der sei anstellbar,

> gegen dessen Anstellung kein Einspruch von der Staatsregierung erhoben worden ist —

dahin verstanden werden, daß die Anstellung nur dann gestattet,

> wenn die Anstellbarkeit von der Staatsregierung geprüft worden ist, und das Resultat dieser Prüfung nicht zur Einspruchererhebung geführt hat —

wenn sie nur so verstanden werden können. Sie können und müssen es aber, weil in ihnen eine nothwendige Bezugnahme auf die §§ 15 ffg. (III. „Anstellung der Geistlichen") liegt.

Das oben unter 1 gewonnene Resultat liefert den vollständigsten überzeugendsten Beweis für unsere Interpretation: Weil der § 1 gar nicht besondere, selbstständige Pflichten neben den Abschnitten II. und III. aufstellt, sondern nur deren Quintessenz als eine authentische „Summa" vorwegnimmt, weil er hinsichtlich der Vorbildung durch Abschnitt II., hinsichtlich der Kontrole durch Abschnitt III. nur im Detail ausgebaut wird — deshalb ist „Zuwiderhandlung gegen § 1" nur ein kürzerer Ausdruck für Zuwiderhandlung gegen die Pflichten betreffend die Reichsangehörigkeit, Vorbildung und Kontrole, deshalb umfaßt

eine Vorschrift, welche die Verletzung des § 1 bedroht, von selbst auch Verletzungen der im Abschnitt II. und III. auferlegten Pflichten. Das Bestreben, die Struktur des Gesetzes möglichst harmonisch zu gestalten, hat dahin geführt, den Abschnitt I. als festen Mittelpunkt hinzustellen und nur auf ihn in den Erläuterungsabschnitten II. und III. wie in den Schutzvorschriften des Abschnittes IV. zurückzuweisen; das darf aber an dem klar zu Tage liegenden gegenseitigen Verhältnisse der einzelnen Theile des Gesetzes nicht irre machen. In den §§ 17, 22, 23 ist durch Citirung des § 1 der § 15 implicite mitcitirt, so gut als wenn § 1 lautete:

> Ein geistliches Amt darf — nur einem Deutschen übertragen werden, welcher seine wissenschaftliche Vorbildung nach den Vorschriften dieses Gesetzes dargethan hat (§§ 4 ffg.) und gegen dessen Anstellung kein Einspruch von der Staatsregierung erhoben worden ist („§§ 15 ffg.").

Diese Bezugnahme auf § 15 ist mit innerer Nothwendigkeit geboten; das neu geschaffene, im § 1 angedeutete Institut des Einspruchs schwebt in der Luft ohne die Vorschriften, welche der Kontrole erst Realität geben. Das Requisit des § 1, daß kein Einspruch erhoben worden, steht nur dann fest, wenn die Benennung erfolgt, und die Frist abgelaufen ist, weil sonst in infinitum bez. bis zum Ablauf der letzteren noch Einspruch erhoben werden kann.[10]) Folglich ist bei einer Anstellung ohne Benennung oder vor Ablauf der Frist jenes Requisit nie gewahrt und damit dem § 1 stets zuwidergehandelt. —

---

[10]) Das App.-Ger. zu Ratibor beruft sich auf die Lehre von den negativen Bedingungen. — Nach dem Obigen kann man sagen, daß die Benennung Voraussetzung des im § 1 enthaltenen Requisits ist. Wenn aber die „Motive" des Entwurfs einer Deklaratoria zu unserem Gesetz dies soweit ausdehnen, daß ein Einspruch ohne Benennung überhaupt undenkbar, und deshalb letztere im § 1 stillschweigend vorausgesetzt sei, so ist dem nicht beizutreten. Auch ohne Benennung könnte vor wie nach der Anstellung Einspruch erhoben werden, nur ist dies bei richtiger Interpretation nicht nöthig, weil jene Unterlassung allein dieselben Wirkungen hat wie die Erhebung des Einspruchs. Die Motive sagen: „ohne Benennung gilt die Anstellung als nicht geschehen (§ 17), und gegen einen nicht geschehenen Akt kann selbstverständlich auch kein Einspruch erhoben werden." Ein befremdlicher Trugschluß! Der Einspruch erfolgt ja nicht gegen ein Factum, sondern gegen ein Futurum, setzt also sicherlich nicht einen an sich gültigen Akt voraus. Wenn die Benennung erfolgt, aber die Anstellung noch nicht vorgenommen ist, dann kann doch Einspruch gegen die letztere erhoben werden, obwohl sie dann (s. v.) noch viel weniger geschehen ist, als in dem von den „Motiven" vorausgesetzten Falle!

Bestätigt wird unsere Ansicht u. A. auch durch § 2. Dieser schreibt vor, daß Stellvertretung oder Hülfsleistung der definitiven Anstellung gleich geachtet werden soll — ausgenommen wenn Gefahr im Verzuge. Und worin besteht hier die „Ausnahme"? Etwa darin, daß dann die Stellvertretung oder Hülfsleistung trotz Einspruchs angeordnet werden kann? Keineswegs; vielmehr darin, daß die Anordnung „einstweilen und vorbehaltlich des Einspruchs" ergehen kann. Dies läßt aber zurückschließen auf eine Regel, wonach nicht bloß erhobener Einspruch berücksichtigt, sondern auch die Erhebung desselben abgewartet, die Frist dazu durch die Benennung des Kandidaten eröffnet werden soll. Und insofern schon der § 2 diese Regel als in § 1 enthalten voraussetzt, zeigt sich auch hierdurch wieder, daß die Schlußworte des letzteren die Pflichten des geistlichen Oberen durchaus nicht auf die Unterlassung der Anstellung bei erhobenem Einspruch beschränken sollen.

Wie man zu der etwas engen und nicht ganz glücklichen Fassung jener Worte gekommen, ist gar nicht zweifelhaft. Man wollte auch den Schein usurpatorischen Eingreifens in das kirchliche Gebiet vermeiden und deshalb dem Staat weder ein Ernennungs- noch auch ein „Bestätigungs"-Recht vindiciren; vielmehr wurde ein rein passives Verhalten desselben als Regel hingestellt, und nur unter Umständen eine Abwehr gefährlicher Elemente gestattet. So erschien der „Einspruch" als die einzige positive Thätigkeit des Staates, und die Zulässigkeit der Anstellung wurde nicht positiv an eine staatliche Bestätigung, sondern negativ an das Nichtvorhandensein des Einspruchs geknüpft:

„gegen dessen Anstellung kein Einspruch — erhoben worden ist."

Wenn also hier nur die Pflicht, nicht gegen Einspruch zu handeln, erwähnt ist, so sollen damit nicht die Pflichten der Anzeige und des Abwartens der Frist, sondern nur die Pflicht, eine besondere Bestätigung einzuholen, ausgeschlossen sein.[11]) — Der „Einspruch",

[11]) Vergl. die Motive. Der Staat sucht „eine indirecte Einwirkung auf die Anstellung der Geistlichen sich zu verschaffen." (Rede des Minister Falk im Herrenhause. Stenogr. Ber. S. 521.) — Uebrigens ist der Unterschied zwischen „Einspruchsrecht" und „Bestätigungsrecht" doch nicht weit her. Die Polemik von Hinschius (Anm. 9 zu § 15) gegen das Windhorst'sche Paradoxon, „Einspruchs-" und „Anstellungs-" Recht seien im Grunde dasselbe, ist gewiß berechtigt. Aber ein „Bestätigungs"-Recht hat allerdings der Sache nach derjenige, der Einspruch erheben kann, wenn dasselbe auch gesetzlich begränzt ist und eventuell nur durch Schweigen Ausdruck findet. Wäre im § 1 eine positive Bezeichnung wie „Bestätigung" nicht mit solcher Aengstlichkeit vermieden worden, so wären solche Interpretationen wie die hier bekämpfte unmöglich. Vergl. auch Drucks. des Abg.-H. 1872/73. No. 128. S. 141.

als das allein Positive, tritt so sehr in den Vordergrund, daß der § 28 die §§. 1, 3, 10, 12, 15 und 16 als „Vorschriften über das Einspruchsrecht des Staates“ bezeichnet, daß insbesondere im § 12 der ganze Komplex von Vorschriften über die staatliche Kontrole, wie er sich in den „§§ 15—17“ findet, unter ausdrücklicher Anführung der letzteren[12]) zusammengefaßt wird als „Bestimmungen, welche die Erhebung des Einspruchs gegen die Anstellung von Geistlichen regeln.“

Der eben erwähnte § 12 steht, wie unter 1 oben ausgeführt ist, in demselben Verhältniß zum § 10, wie der Abschnitt III. zum § 1; d. h. Abschnitt III. und § 12 erläutern die in den §§ 1 und 10 gleichlautenden Worte:

„gegen dessen Anstellung kein Einspruch von der Staatsregierung erhoben worden ist.“

Wenn also § 12 dieselben durch ausdrückliche Heranziehung der §§ 15—17 erläutert, so ist es klar, daß dieselbe Heranziehung für dieselben Worte auch bei § 1 geboten ist.

Als Resultat ergiebt sich:

A. Zur Begründung einer Anklage gemäß §§ 22, 23 genügt der Nachweis, daß entweder

1) der Angestellte kein Deutscher, oder
2) nicht gehörig vorgebildet, oder
3) der Kandidat dem Oberpräsidenten nicht benannt, oder
4) die Einspruchsfrist nicht abgewartet, oder
5) die Anstellung trotz erhobenen Einspruchs erfolgt ist,

weil alle diese Fälle Zuwiderhandlungen gegen § 1 bilden, folglich durch § 22, 23 bedroht sind.

B. In denselben Fällen ist die Anstellung nichtig, weil § 17 die dem § 1 zuwiderlaufenden Amtsübertragungen für nichtig erklärt.

Wenn also § 17 noch außerdem den Fall Nr. 4 besonders hervorhebt, so ist das ein überflüssiger Zusatz. Dieses letztere Ergebniß erschüttert aber die hier vertheidigte Ansicht in keiner Weise. Denn der Zusatz ist erst vom Abgeordnetenhause in den § hineingebracht worden, er fehlte in der Regierungsvorlage, in welcher nur stand:

Die Uebertragung eines geistlichen Amtes, welche der Vorschrift des § 1 zuwiderläuft, gilt als nicht geschehen.

Als Grund des Einschiebsels

---

[12]) Das Citat ist von der Kommission des Abg.-H. beigefügt.

„oder welche vor Ablauf der — Frist erfolgt"

giebt der Commissionsbericht die Absicht an, die eigentliche Meinung „vollständiger auszudrücken." Man war also darüber einig, daß etwas Neues eigentlich nicht hineingebracht wurde, der betreffende Fall vielmehr unter den Zuwiderhandlungen gegen § 1 schon enthalten war. Daß man gerade diesen der drei Contraventionsfälle zu größerer Deutlichkeit noch besonders hervorhob, erklärt sich einfach daraus, daß die Pflicht, die Frist abzuwarten, explicite noch nicht erwähnt war, während die Pflicht, nicht gegen Einspruch anzustellen, im § 1, und die Pflicht der Benennung im § 15 mit dürren Worten steht. Freilich hätte man konsequenter Weise den Zusatz dann auch in den §§ 22, 23 einschalten sollen. Daß man es nicht gethan, kann die letzteren im Sinne der Kommission höchstens undeutlicher machen, nimmt aber den in Wahrheit von ihnen betroffenen Fällen nichts hinweg, so wenig als der Zusatz im § 17 in Wahrheit einen neuen Fall hinzufügte.[13]) Jedenfalls hat weder bei § 17 noch bei den §§ 22, 23 damals Jemand daran gedacht, daß auch der Fall unterlassener Benennung zu Bedenken Anlaß geben könnte.

Die hier vertretene Ansicht wird von einer Anzahl Gerichte nicht getheilt. Nachdem zuerst — soweit bekannt geworden — die Kreisgerichts-Deputation zu Tarnowitz einen Geistlichen freigesprochen hatte, weil nur die Unterlassung der Benennung, nicht die Erhebung des Einspruchs festgestellt werden konnte, sind mehrfach auch von anderen Gerichten ähnliche Entscheidungen ergangen. Die Widerlegung der dafür angeführten Gründe ist oben im Zusammenhange versucht worden; hier nur noch Folgendes.

In dem erwähnten Erkenntniß hat das Tarnowitzer Gericht u. A. behauptet, daß der Inhalt der Motive und der in der General-Debatte gehaltenen Reden, insbesondere einer solchen des Abgeordneten von Bennigsen, seine Ansicht unterstütze. Dies ist thatsächlich unrichtig; weder die Motive noch die Generaldebatte geben irgend einen Anhalt für die engere Interpretation. In einem neueren Erkenntniß vom 17. Januar 1874 hat dasselbe Gericht die betreffende Aeußerung von Ben-

[13]) Auch Hinschius Anm. 2 und 3 zu § 17 erklärt den Zusatz für überflüssig; ebenso die Motive des Entwurfs eines Gesetzes wegen Deklaration und Ergänzung unseres Gesetzes.

nigsen's näher bezeichnet und außerdem für seine Ansicht einige Worte des Minister Falk (Stenogr. Ber. des Herrenhauses 1872/73 S. 521) angeführt. Beide Stellen besagen, daß die trotz erhobenen Einspruchs erfolgte Uebertragung ungiltig bez. strafbar sei — deuten aber mit keiner Silbe darauf hin, daß der erwähnte Fall einer Kontravention gegen die Kontrolvorschriften der einzige sei. Im Gegentheil ließe sich unschwer nachweisen, daß einer Rede des Abgeordneten Mallinckrodt (Stenogr. Ber. S. 1625) die hier vertheidigte weitere Interpretation zu Grunde liegt. Indessen kommt ja auf dergleichen Aeußerungen einzelner Mitglieder der gesetzgebenden Versammlungen für die Gesetzesauslegung wenig an.

Wenn in den freisprechenden Entscheidungen mehrfach als Grund vorgebracht wird, daß man Strafgesetze nicht extensiv auslegen dürfe (so wieder in dem neueren Tarnowitzer Erkenntniß, unter Anführung des unglücklichen § 46 Einl. A. L. R.), so sollte man sich endlich doch des geringen Werthes solcher allgemeinen Principien für die concrete Entscheidung bewußt werden. Noch immer kehren sie in der Praxis viel zu häufig wieder; wie ich denn einst einen Anwalt gegen die Abweisung seiner total unsubstantiirten Klage deshalb protestiren hörte, weil ja schon die Allg. Ger.-Ordn. vor Vervielfältigung der Prozeße warne! Der Richter hat auch im Strafrecht mit allen Hülfsmitteln der Logik den Sinn des Gesetzes zu erforschen; findet er Gründe für die weitere Interpretation, dann muß er strafen, findet er keine, dann spricht er frei. Ob solche Gründe hier vorliegen, das ist ja eben streitig; wir behaupten, deren zu haben, und zwar sehr gewichtige.[14])

Jedenfalls, hat man schließlich gesagt, genügt die bloße Unterlassung der Benennung dann zur Strafbarkeit nicht, wenn der Oberpräsident auf anderem Wege von der beabsichtigten Ernennung Kenntniß erhalten und keinen Einspruch erhoben hat. Das ist doch offenbar unrichtig. Die Benennung ist im staatlichen Interesse als öffentlich-rechtliche Pflicht vorgeschrieben, welche zur festen Institution werden, und zwar im Nothfalle durch Zwangsmittel werden soll. Die Unterlassung begründet an und für sich die Strafbarkeit, weil nur auf diesem Wege die vom

---

[14]) Das von Hinschius gegen den Satz von der extensiven Interpretation angeführte Argument — es handle sich gar nicht um die Interpretation des Strafgesetzes (§ 23), sondern um die des § 1 — scheint mir freilich wenig stichhaltig. Denn wenn wir aus § 23 Zuwiderhandlungen gegen § 1 strafen, so wird letzterer insofern ein Bestandtheil des Strafgesetzes und ist dann ebensowenig extensiv zu interpretiren.

Staate gewollte feste Ordnung geschaffen werden kann; die anderweite Kenntniß des Oberpräsidenten kann die Pflichtverletzung des Oberen und die daraus resultirende Strafbarkeit sowohl des letzteren als des Angestellten nicht wieder aufheben. —

Die Staatsregierung hat in den erwähnten Freisprechungen eine Gefährdung des Rechtszustandes erblickt, und, ohne einen Ausspruch des höchsten Gerichtshofes [14a]) abzuwarten, den Entwurf eines Gesetzes dem Landtage vorgelegt, in welchem neben einigen Ergänzungen des Gesetzes vom 11. Mai durch eine Deklaration die weiter gehende Interpretation jedem Zweifel entrückt werden soll; daß dieselbe auch jetzt schon die allein haltbare sei, wird in den beigegebenen „Motiven" ausdrücklich hervorgehoben. Artikel 1 dieses Gesetzentwurfes[15]) lautet:

> Das Gesetz vom 11. Mai 1873 wird dahin deklarirt, daß die Uebertragung eines geistlichen Amtes, sowie die Genehmigung einer solchen Uebertragung auch dann den Vorschriften der §§ 1—3 des Gesetzes zuwider sind, wenn dieselben ohne die im § 15 daselbst vorgeschriebene Benennung des Kandidaten oder vor dieser Benennung oder vor Ablauf der im § 15 für die Erhebung des Einspruchs gewährten Frist erfolgen.

Diese Deklaration bezieht sich allgemein auf das ganze Gesetz, und es ist gewiß nur zu billigen, daß dem hervorgetretenen Mißverständniß der in innigem Zusammenhange mit einander stehenden Paragraphen möglichst umfassend Abhülfe geschafft wird. Die Gleichstellung der drei Arten von Kontraventionen gegen die Kontrolvorschriften wird hier ausdrücklich anerkannt; neben dem Zuwiderhandeln gegen erhobenen Einspruch steht mit gleicher Wirkung die Unterlassung der Benennung und das Nichtabwarten der Frist. Der Entwurf fügt scheinbar noch einen neuen Fall hinzu, den der Anstellung vor der Benennung; es ist indessen von selbst klar, daß es gleichgültig ist, ob die Benennung überhaupt nicht, oder ob sie erst nach der Anstellung erfolgt. Deshalb wurde der letztere Fall oben unter der Rubrik „Anstellung ohne Benennung" mit einbegriffen, und es ist nur eine Cautel gegen abermalige

---

[14a]) welcher indessen den Tagesblättern zufolge nunmehr ergangen ist und die hier vertretene Ansicht adoptirt hat.

[15]) Entwurf eines Gesetzes wegen Declaration und Ergänzung des Gesetzes vom 11. Mai 1873 über die Vorbildung und Anstellung der Geistlichen. — Inzwischen sind die Bestimmungen dieser Deklaration am 7. Mai 1874 vom Abgeordnetenhause angenommen worden.

Mißverständniße, wenn derselbe besonders hervorgehoben wird. — Declarirt sind hiernach in specie: der § 1 dahin, daß dem dritten Requisit desselben nur dann genügt ist, wenn nach erfolgter Benennung während der gesetzlichen Frist kein Einspruch erhoben ist — die §§ 22, 23 und der § 17 dahin, daß dem § 1 zuwider alle drei Arten von Kontraventionen sind, woraus dann von selbst folgt, daß die nochmalige Hervorhebung der einen im § 17 eine Tautologie ist. — Als Declaration wird der Artikel 1 nach bekannten Grundsätzen auch auf alle früher vorgekommenen Straffälle Anwendung finden müssen, soweit dieselben beim Inkrafttreten der Declaratoria noch nicht rechtskräftig (eventuell mit relativer Rechtskraft) entschieden sind.

Die oben bekämpfte Interpretation wird hiernach für die Zukunft unmöglich sein. Da dieselbe indeß, wie wir zu zeigen versuchten, auf einer Verkennung der gesammten Struktur des Gesetzes beruhte, so bedarf es keiner besonderen Ausführung, wie wichtig die Kontroverse auch künftig, als ein Stück Dogmengeschichte, für eine nach allen Seiten hin correcte Anwendung des Gesetzes bleiben wird — abgesehen davon, daß sie das allgemeine Interesse in ungewöhnlichem Maaße erregt hat.

4.

Die §§ 22, 23, als normale, von dem ordentlichen Richter zu handhabende Strafgesetze, stehen unter den allgemeinen Principien des Strafrechts, wie sie in der Wissenschaft und Praxis ausgebildet und insbesondere in dem Allgemeinen Theil des deutschen Reichsstrafgesetzbuches niedergelegt sind. Zwar bezeichnet der Kommissionsbericht des Abgeordnetenhauses die Strafen, um welche es sich hier handelt, mehrfach als „Ordnungsstrafen"; es liegt indessen kein Grund vor für die Annahme, daß damit ein Unterschied von anderen, normalen Strafgesetzen hätte statuirt werden sollen. Jedenfalls wäre eine solche Ansicht durchaus zu verwerfen.

Nach allgemeinen Grundsätzen kann eine Handlung als dolose oder kulpose mit Strafe bedroht sein. In beiden Fällen müssen alle diejenigen Momente, welche die Handlung zu einer rechtsverletzenden machen, zum Willen zugerechnet werden können. Häufig läßt sich die Handlung entkleidet von diesen Momenten gar nicht konstruiren; die Tödtung eines Menschen ist stets und ohne Weiteres rechtsverletzend. In anderen Fällen aber liegt ein in sich abgeschlossenes, erlaubtes Handeln vor, welches nur durch ein begleitendes Moment den Charakter der Rechtsverletzung erhält; das Verweilen in der Wohnung

eines Anderen ist an sich erlaubt und erlangt, wenn es ohne Befugniß geschieht, den Charakter einer Verletzung der öffentlichen Ordnung erst durch das Moment der Nichtbefolgung einer Aufforderung des Berechtigten zur Entfernung. Folglich muß auch dies Moment zugerechnet werden können; die darin liegende Rechtsverletzung muß gewollt oder fahrlässiger Weise nicht berücksichtigt sein. Der Regel nach ist aber nur die vorsätzliche Rechtsverletzung strafbar.

Die Uebertragung eines geistlichen Amtes seitens eines competenten Oberen ist an sich erlaubt; ebenso die Ausübung des Amtes durch den in dieser Weise Angestellten. Beide Arten von Handlungen erlangen den Charakter von Verletzungen der öffentlichen Odnung erst durch das Moment der Zuwiderhandlung gegen die §§ 1—3 unseres Gesetzes. Da sie nun als kulpose nicht bedroht sind, so muß auch diese Zuwiderhandlung eine vorsätzliche sein. Der zur Anwendung der §§ 22, 23 zu erfordernde dolus umfaßt neben der vorsätzlichen Uebertragung bez. Ausübung des Amtes die vorsätzliche Verletzung der in den §§ 1—3 zusammengefaßten Vorschriften. Eine solche Verletzung setzt wie der Vorsatz überhaupt ein „Wollen“ und ein „Wissen“ voraus; man kennt das Moment, welches die Uebertragung oder Ausübung des Amtes zu einer rechtswidrigen macht, und will es nicht berücksichtigen. Die beiden Strafparagraphen sind indessen hier zu trennen.

Subjekt des im §§ 22 bedrohten Vergehens ist der kirchliche Obere, welcher ein geistliches Amt überträgt. Bestraft wird die Anstellung 1) eines Nicht-Deutschen, 2) eines nicht gehörig Vorgebildeten, 3) ohne vorgängige Benennung, 4) vor abgelaufener Frist, 5) trotz erhobenen Einspruchs. Damit aber in den Fällen zu 1, 2 und 5 der Mangel der Reichsangehörigkeit und der Vorbildung bez. die Thatsache des Einspruchs von dem dolus mit umfaßt werden, muß der Obere diese Momente, welche seine Handlung zu einer rechtsverletzenden machen, kennen; anderenfalls bleibt er straflos.

Subjekt des im § 23 bedrohten Vergehens ist der im geistlichen Amt Angestellte. In objektiver Beziehung wird auch hier eine Anstellung zuwider den §§ 1—3 erfordert, und ganz dieselben fünf Momente, welche die Uebertragung des Amtes zu einer rechtsverletzenden machen, begründen auch die Strafbarkeit der Ausübung desselben. Gleichgültig ist es hier, ob hinsichtlich des anstellenden Oberen auch alle subjektiven Momente zutreffen, auch wenn jener nicht in dolo ist, weil er z. B. den Mangel der Reichsangehörigkeit nicht kannte, darf

das von dem Angestellten begangene delictum sui generis dennoch bestraft werden. Unbedingt muß aber der letztere seinerseits in dolo sein, und dazu ist, wie gezeigt, neben der vorsätzlichen Amtsausübung die Kenntniß des Momentes erforderlich, welches die Uebertragung und damit die Ausübung zur rechtsverletzenden macht.

Hinschius freilich ist anderer Ansicht. Er meint, der Geistliche sei strafbar, auch wenn ihm nichts von dem Einspruch bekannt geworden. Dasselbe müßte dann auch gelten, wenn die Strafbarkeit aus dem Nichtabwarten der Frist oder aus der Unterlassung der Benennung hergeleitet wird, die Unkenntniß dieser beiden Omissionen würde den Geistlichen nicht schützen. Denn auch hierauf würde der von Hinschius angeführte Grund passen: „Die Innehaltung der betreffenden Vorschriften ist Bedingung der Gültigkeit seiner Anstellung, und um diese sich zu bekümmern, ist er verpflichtet.“ Dies Argument ist aber m. E. unhaltbar. Dasselbe könnte immer nur eine Zurechnung zur Fahrlässigkeit begründen, und Nichts spricht dafür, daß hier der Ausnahmefall eines kulposen Vergehens vorliegt. In vielen Fällen wäre übrigens auch der Vorwurf der culpa schwerlich begründet. Nirgends ist eine derartige Erkundigungspflicht des Angestellten vorgeschrieben; dieselbe wäre auch gar nicht auf die Innehaltung der in unserem Gesetz enthaltenen Vorschriften zu beschränken, sondern auf die mannichfachen sonstigen Requisite einer vollgültigen Amtsübertragung zu erstrecken. Dadurch würde aber die durchaus nöthige Subordination in der Kirche schwer geschädigt; nicht mit Unrecht bezeichnet es der Abgeordnete von Mallinckrodt als unerhört, daß der Untergebene bei seiner Anstellung von dem Vorgesetzten den Nachweis soll fordern können und müssen, daß derselbe die gesetzlichen Vorschriften überall beobachtet habe. Eine solche Zumuthung stellt aber das Gesetz in seiner gegenwärtigen Fassung gar nicht; nur die Kenntniß von dem rechtswidrigen Moment macht den Angestellten strafbar, jede — selbst eine fahrlässig verschuldete — Unkenntniß schließt den unbedingt erforderlichen dolus aus. So sagt auch das Appellationsgericht zu Ratibor in einem Erkenntniß vom 5. Januar 1874: „Selbstverständlich setzt die Strafverhängung gegen den Angeklagten (den Angestellten) voraus, daß ihm die gesetzwidrige Anstellung bei Vornahme der Amtshandlungeu bekannt gewesen ist“ — und ebensowenig scheint in der durch das cit. Erkenntniß vom 17. Januar 1874 entschiedenen Sache die Anklagebehörde oder das Gericht hieran gezweifelt zu haben. In richtiger Würdigung des Requisites der Kenntniß ist auch, um für

die letztere eine sichere Grundlage und einen zuverlässigen Beweis zu schaffen, im Wege der Instruction vorgeschrieben, daß dem Geistlichen von der Gesetzwidrigkeit seiner Anstellung besonders Nachricht gegeben werden soll. [16])

Bewiesen wird das subjektive Moment des dolus in der Regel schon durch den Nachweis der objektiven Momente. Hat eine Amtsübertragung durch den Oberen stattgefunden, so wird meist gar nicht zweifelhaft sein, daß dieselbe eine vorsätzliche gewesen, und daß der Obere den Mangel der Reichsangehörigkeit oder Vorbildung, bez. die Thatsache des an seine Adresse gerichteten Einspruches gekannt hat. Hinsichtlich des Angestellten wird über die Vorsätzlichkeit der Amtshandlung schwerlich ein Bedenken vorkommen; auch seine Kenntniß von den ihm selbst innewohnenden Mängeln der Reichsangehörigkeit oder der Vorbildung wird in der Regel nicht zweifelhaft sein. Wohl aber häufig genug seine Kenntniß von der Verletzung der Kontrolvorschriften (falls hierauf allein die Anklage gegründet wird), welche ja nur zwischen dem Oberen und der Staatsbehörde einen gewissen Verkehr erfordern.

Gehört nun die Kenntniß zum dolus, so müßte Freisprechung erfolgen, wenn nicht die Kenntniß bewiesen wird. Es fragt sich aber, ob dieser aus der Natur der Sache folgende Grundsatz nicht durch § 59 R.-Str-G.-B. geändert ist? Ob dieser nicht durch positive Bestimmung jenes Element des dolus als solches streicht und das Gegentheil desselben, die Unkenntniß, als Strafausschließungsgrund hinstellt, so daß nun eine Freisprechung nur dann erfolgt, wenn die Unkenntniß bewiesen wird? Ich halte die sehr verbreitete Ansicht, welche Letzteres

[16]) Der mehrerwähnte Kommissionsbericht des Abg.-H. drückt sich meines Erachtens über diese Frage nicht korrekt aus. Zwei Amendements, in § 22 zu sagen „welcher wissentlich", und in § 23 „ihm mit seinem Vorwissen" wurden abgelehnt, weil die Straflosigkeit wegen entschuldbarer Unkenntniß von Thatsachen aus allgemeinen Gründen zweifellos sei, und für Fälle eines unverschuldeten Hindernisses aus Gründen, welche vom Willen unabhängig, stets die nöthige Berücksichtigung offen bleibt. — Hier spukt doch wohl der Begriff der Ordnungsstrafe. Freisprechung bewirkt meines Erachtens jede ignorantia facti, auch die unentschuldbare, sobald sie den dolus ausschließt. — Das „wissentlich" ist in den §§ 22, 23 als selbstverständlich zu ergänzen so gut wie im § 132 R.-Str.-G.-B. (vgl. Oppenh. Note 14 dazu) und in vielen anderen Strafgesetzen. — Vielleicht haben die oben erwähnten Freisprechungen ihren wahren inneren Grund in Bedenken über den dolus des Angestellten, betreffs deren man sich nicht ganz klar wird.

annimmt, für irrig und durch § 59 nicht gerechtfertigt; ich meine, daß sie auch für Preußen im § 81 des Gesetzes vom 3. Mai 1852 keine Stütze findet, und daß sie jedenfalls dann zu verwerfen ist, wenn die allgemeine Wahrscheinlichkeit, aus welcher man sie ableitet, für das betreffende Vergehen nicht zutrifft. Hier kann aber auf die wichtige Frage nicht näher eingegangen werden.

Ganz zu trennen von der Frage, was bewiesen werden muß, ist die andere, ob es einer besonderen Feststellung des betreffenden Beweisresultates bedarf. Dies ist hinsichtlich der in die gesetzliche Definition nicht ausdrücklich aufgenommenen Thatbestandsmomente in Preußen nur dann und stets dann erforderlich, wenn das betreffende Moment ausdrücklich bestritten wird, oder das Gericht selbst darüber Bedenken hat. So wird es auch nur in diesen Fällen der ausdrücklichen Feststellung bedürfen, ob der Angeklagte die vorerwähnte Kenntniß gehabt hat oder nicht. Die Form der Feststellung — positiv oder negativ — hängt dann freilich wieder von der oben offen gelassenen Entscheidung ab, ob zur Verurtheilung der Nachweis der Kenntniß, oder zur Freisprechung der der Unkenntniß erforderlich ist.

Praktisch ist diese letztere Frage übrigens nicht von allzu großer Bedeutung. Denn darüber ist man einig, daß — zum Mindesten solange wir den „reinen" Anklageprozeß nicht haben — eine eigentliche Beweislast hinsichtlich der Unkenntniß jedenfalls den Angeklagten nicht trifft.[17]) Vielmehr muß, wenn wirklich nach Lage der Sache die Kenntniß Bedenken unterliegt, das Gericht von Amtswegen sich darüber Klarheit verschaffen, wodurch dann in der Regel für das eine oder andere eine sichere Ueberzeugung gewonnen wird.

Man braucht nicht zu fürchten, daß durch die strengere Auffassung des dolus eine energische Handhabung der Strafvorschriften gehemmt werde. Selbst in den — wie wir sahen, wenig zahlreichen — Fällen, wo Bedenken vorkommen werden, giebt es ja der Wege sehr viele, auf welchen der Richter die Ueberzeugung von dem Vorhandensein des dolus gewinnen kann;[18]) man muß bei solchen innerlichen Thatsachen

[17]) Vergl. auch die „Motive" zu § 59: „Der strafrechtliche Grundsatz, daß eine Handlung dem Thäter nur in so fern anzurechnen sei, als Wille und Handlung einander entsprechen, findet im § 59 seine Anerkennung. . . . Der § 59 geht davon aus, daß . . . der Angeklagte nicht seine Unkenntniß zu beweisen habe, sondern gegen den Angeklagten der Beweis zu erbringen sei, insofern nach Lage der Sache überhaupt der erhobene Einwand in Frage kommen kann."

[18]) Das citirte Erkenntniß vom 17. Jan. 1874 sagt: „Die Anklage giebt aber

nur nicht zu ängstlich sein und namentlich den Richter sich nicht als ein Wesen vorstellen, das nur die in der betreffenden Untersuchung bewiesenen Facta kennen darf und die offenkundigsten Dinge des täglichen Lebens vergessen muß. Meines Erachtens — das Appellationsgericht zu Ratibor in dem zitirten Erkenntniß ist anderer Ansicht — unterliegt es z. B. gegenwärtig gar keinem Bedenken, bei einem zur Anstellung gelangenden katholischen Geistlichen ohne Weiteres anzunehmen, er habe die (objectiv freilich stets zu beweisende) Thatsache gekannt, daß sein Bischof in keinem Falle und prinzipiell nicht die Kontrolvorschriften unseres Gesetzes befolge. Will man so weit nicht gehen, so giebt ja der Verwaltungsorganismus Mittel genug an die Hand, um durch einen äußerlich erkennbaren Akt den Betheiligten die nöthige Kenntniß beizubringen, und dahin gehende Vorschriften sind ja, wie oben erwähnt, bereits ergangen.

5.

Die vorstehend gegebene Darstellung entspricht dem augenblicklich noch herrschenden Rechtszustande. Derselbe soll indeß durch Art. 2 des oben bereits erwähnten Entwurfs eines deklarirenden und ergänzenden Gesetzes nicht unerheblich verändert werden. Die Motive (Nr. 208 der Druckf. des Abg.-H. 1873/74) sagen darüber: „Art. 2 hat den Zweck, Umgehungen des Gesetzes zu verhüten, die in der letzten Zeit mehrfach, namentlich in den westlichen Provinzen, vorgekommen sind. Es mehren sich nämlich die Fälle, in denen katholische Geistliche theils auf Grund eines Privatabkommens mit angestellten Pfarrern bei diesen als Kapläne oder Hülfsgeistliche eintreten, theils angeblich ohne jede besondere Uebertragung geistliche Funktionen auszuüben beginnen. Da nun die Strafbestimmungen des Gesetzes eine Uebertragung des geistlichen Amtes voraussetzen und weiter von der Annahme ausgehen, daß jede Uebertragung entweder von den geistlichen Oberen selbst ausgehen müsse oder von ihnen zu genehmigen sei, wie dies den Grundsätzen des Kirchenrechtes entspricht, so ist der Zweifel entstanden, ob Geistliche, welche Amtshandlungen vornehmen, ohne daß ihnen nachweislich dazu ein Auftrag seitens der geistlichen Oberen ertheilt worden, auf Grund des § 23 straffällig sind. Nach dem Wort-

auch zu, daß dieser Nachweis (der Kenntniß) ihm nur durch die erfolgte Insinuation der im Auftrage des Oberpräsidenten erlassenen Bekanntmachung geführt werden kann." Weshalb nur so?

...ute des Gesetzes ist dieser Zweifel kein unberechtigter, und würde ...emgemäß seitens der Gerichte auf Freisprechung erkannt werden, so würden Umgehungen des Gesetzes leicht vorgenommen werden können. Es dürfte sich daher empfehlen, nach dieser Richtung hin eine Ergänzung der Bestimmungen des § 23, wie im Art. 2 vorgeschlagen, eintreten zu lassen."

Als zweifelhaft wird hier bezeichnet, ob der Strafvorschrift des § 23:

„wer geistliche Amtshandlungen in einem Amte vornimmt, welches ihm den Vorschriften der §§ 1 bis 3 zuwider übertragen worden ist," —

auch unterliegen:

1. derjenige, der das Amt ohne nachweisliche Uebertragung auszuüben beginnt,

2. derjenige, der bei einem angestellten Pfarrer auf Grund eines Privatabkommens mit diesem als Hülfsgeistlicher (Kaplan) eintritt.

§ 22 kann in beiden Fällen keine Anwendung finden. Denn zu 1 fehlt es ja an einem Anstellenden überhaupt, zu 2 ist derselbe — der Pfarrer — kein „geistlicher Oberer." (Vergl. Hinschius a. a. O. Anm. 1 zu § 15.) Indessen ist doch nicht zu vergessen — worauf auch Hinschius (Anm. 2 zu § 22) hinweist — daß im letzteren Falle der Pfarrer als Anstifter aus § 23 bestraft werden kann, falls man diesen Paragraphen überhaupt für anwendbar erachtet.

Darüber kann aber meines Erachtens gar kein begründeter Zweifel obwalten. § 23 verlangt ja keine Uebertragung seitens des „geistlichen Oberen" und ebenso wenig spricht § 1 von einer solchen; eine „Uebertragung" aber liegt doch in dem Falle zu 2 stets vor, und deshalb ist sowohl der das Amt Ausübende wie auch (als Anstifter) der Uebertragende aus § 23 strafbar, wenn den §§ 1—3 zuwidergehandelt ist. Gegen die zu 2 erwähnte Gesetzesumgehung reicht also das bestehende Recht zur Abwehr vollkommen aus. [19])

Bei dem Falle zu 1 ist wohl der Accent auf das „nachweislich" zu legen. Denn in der That und Wahrheit wird doch stets eine Uebertragung vorgekommen sein, wenn auch nur eine stillschweigende.[19a])
Indessen mag es unter Umständen schwer sein, dieselbe nachzuweisen, und dann kann man allerdings den § 23 nicht anwenden.

---

[19]) Da der Uebertragende hier ein einfacher Pfarrer ist, so wird gegen ihn auch das Strafmaaß des § 23 genügen.

[19a]) Neuerdings in einzelnen Fällen von katholischer Seite bestritten.

Um nun dieser Lücke abzuhelfen, würde vorzuschreiben sein, daß die Uebernahme des Amtes ohne Uebertragung der mit Uebertragung gleich geachtet werden soll; auch auf die erstere würden die §§ 1—3 17, 22, 23 auszudehnen sein; die Vorschriften über die seitens des Staates zu übende Kontrole müßten dem Unterschiede entsprechend für den neuen Fall modifizirt werden. Der Art. 2 des Entwurfes geht aber nach verschiedenen Richtungen hin viel weiter, und es ist vorweg zu konstatiren, daß dieses Plus durch die „Motive" gar nicht gedeckt wird, vielmehr die Gründe des Weitergehens sich nur errathen lassen. Art. 2 lautet:

> Die Strafe des § 23 des Gesetzes v. 11. Mai 1873 trifft einen jeden Geistlichen, welcher Amtshandlungen vornimmt, ohne den Nachweis führen zu können, daß er zu einem hierzu ermächtigenden Amte oder zur Stellvertretung oder zur Hülfsleistung in einem solchen Amte unter Beobachtung der §§ 1 bis 3 des genannten Gesetzes berufen worden sei.

Zunächst zwar ist hier zu beachten, daß nur die Strafandrohung des Gesetzes erweitert wird; dadurch kommt eine Disharmonie in dasselbe, da es ursprünglich seine Vorschriften nicht blos in dem Gewande eines die Zuwiderhandlung bedrohenden Strafgesetzes gegeben hat. Allerdings kann man sagen, daß es praktisch dieselbe Wirkung hat, ob erst die Vorschrift gegeben und dann die Strafandrohung gegen die Kontravention hinzugefügt, oder ob lediglich die Strafe angedroht und dadurch die Vorschrift indirekt gegeben wird. Aber — abgesehen von anderen Bedenken — die Strafbarkeit der Zuwiderhandlung ist doch nicht die einzige Wirkung der Vorschrift, und da die durch Art. 2 neu hinzukommenden Fälle nur mit Strafe bedroht sind, so wird man bei ihnen z. B. für die analoge Anwendung des § 17 keinen Raum finden.

Sodann aber ist nach Art. 2 die Amtsausübung nur noch auf Grund einer Berufung gesetzlich zulässig; jede andere ist strafbar. Darnach ist sie dies in dem oben zu 1 genannten Falle stets und ohne Ausnahme; auf eine etwaige staatliche Kontrole zur Abwehr feindlicher Elemente kommt es da weiter gar nicht an. Was den oben zu 2 erwähnten Fall anbetrifft — Privatabkommen mit einem angestellten Pfarrer — so könnte man da zur Noth von einer „Berufung" sprechen, und man möchte fast glauben, daß der neue Ausdruck (im ursprünglichen Gesetze heißt es „Uebertragung") deshalb gewählt ist, um diesen Fall mit zu um-

ssen. Dann wäre also eine solche „Berufung“ als Hülfsgeistlicher durch nen angestellten Pfarrer zulässig, falls sie gemäß den Vorschriften der §§ 1—3 erfolgt. Aber bei dieser Auffassung entsteht wieder das Bedenken, wie es mit der Kontrole gehalten werden soll; selbst wenn man (was ja Manche wieder ablehnen würden und auch aus dem Art. 1 nicht ohne Weiteres zu folgern ist) den § 15 heranziehen wollte, so ist ja dieser auf den „geistlichen Oberen,“ nicht auf einen berufenden Pfarrer zugeschnitten! Meines Erachtens müßte man deshalb zu dem Resultat kommen, daß eine solche „Berufung“ überhaupt nicht unter Beobachtung der §§ 1—3 erfolgen kann, weil die unbedingt erforderliche Kontrole für dergleichen Fälle nicht geregelt ist. Darnach wäre auch der Fall zu 2 stets strafbar.

Hervorzuheben ist hier aber, daß auf diese Weise gewisse, thatsächlich in der Kirche vorkommende Fälle des Eintrittes in ein geistliches Amt nicht blos staatlicher Kontrole zur Abwehr staatsfeindlicher Elemente unterworfen, sondern überhaupt reprobirt und unter Strafe gestellt werden! Das ist vielleicht beabsichtigt, weil, wie die „Motive“ (siehe oben) sagen, jene thatsächlichen Fälle den Grundsätzen des Kirchenrechtes nicht entsprechen, — vielleicht auch nothwendig. Ich will die kirchenrechtliche Frage [20]) und die Nothwendigkeit hier nicht untersuchen; aber man sollte sich allerseits darüber klar sein, daß man durch diesen Artikel 2 einen Schritt über den ursprünglichen Standpunkt des Gesetzes hinausgeht, wonach in die Grundsätze der Kirchen über den Aemtererwerb gar nicht eingegriffen werden soll.

Der Art. 2 berührt aber ferner nicht nur die neu hinzu kommenden Fälle, sondern er nimmt in seine weitere Fassung den gesammten Inhalt des § 23 auf, und er verändert auch für die früheren Fälle die Sachlage wesentlich, indem er mit Strafe Jeden bedroht, der Amtshandlungen vornimmt, „ohne den Nachweis führen zu können, daß er . . . unter Beobachtung der §§ 1 bis 3 . . . berufen worden sei.“ Hierdurch ist die Beweislast positiv normirt, und zwar abweichend von den allgemeinen Grundsätzen des Strafrechtes. Auch dies ist ein wichtiger Schritt auf einer neuen Bahn; denn bisher [20a]) hat die Grenzregulirung zwischen Staat und Kirche zwar neue Vergehen geschaffen, sie aber den allgemeinen strafrechtlichen Prinzipien stets unterworfen, so daß man von „Ausnahmegesetzen“ eigentlich nicht reden konnte.

---

[20]) Vergl. Hinschius a. a. O. Anm. 1 zu § 15.

[20a]) November 1878.

Nach allgemeinen Grundsätzen müßte dem angeschuldigten Geistlichen bewiesen werden, daß bei der Anstellung das Gesetz verletzt worden, und daß er, dies wissend, vorsätzlich das Amt ausgeübt habe; selbst bei der dem Angeklagten ungünstigeren Auslegung des § 59 R.-Str.-G.-B. würde sich dies nur in soweit modifiziren, daß die Freisprechung durch den Nachweis der Unkenntniß bedingt wäre, ohne daß indessen den Angestellten in dieser Beziehung eine eigentliche Beweislast träfe. In objektiver und subjektiver Beziehung stellt dagegen Art. 2 eine Präsumtion auf; die Anklage braucht nun nichts weiter unter Beweis zu stellen, als daß der Angeklagte eine Amtshandlung in einem geistlichen Amte vorgenommen habe; wird dieser Beweis erbracht, so muß Verurtheilung erfolgen, wenn nicht der Angeklagte seinerseits die gesetzmäßige Berufung nachweist.

Es ist lediglich dem Ermessen der Anklagebehörde überlassen, gegen wen sie diesen so sehr erleichterten Angriff richten will; sollte der Fall eintreten, daß sie gegen einen ganz regelrecht Berufenen vorginge, so könnte auch dieser an den Schwierigkeiten des ihm obliegenden Gegenbeweises scheitern.

Ja, in subjektiver Beziehung ist die Präsumtion eigentlich unwiderleglich. Wenn nur der Nachweis nützt, daß der Angeschuldigte gemäß §§ 1—3 „berufen worden sei", so genügt die objektive Rechtsverletzung zur Bestrafung, und die Unkenntniß von dem bei der Anstellung begangenen Verstoß kann den Geistlichen nicht schützen, auch wenn sie durchaus entschuldbar sein sollte. —

Und wie soll man diese im Gebiete des Strafrechtes ungewöhnliche Normirung der Beweislast verstehen? Bleibt dem Gerichte noch etwas von der Befugniß und entsprechenden Pflicht, den Fall nach allen Richtungen hin zu „untersuchen"? Oder steht die Sache vollkommen wie bei der civilrechtlichen Beweislast, so daß das Gericht sich darauf beschränkt, dem Angeklagten die Zwangsmittel zur Herbeischaffung des Beweises zu gewähren und den letzteren, in strenger Beschränkung auf die von der Partei angegebenen Beweismittel, zu erheben? —

Der Wortlaut des Art. 2 kann aber sogar zu dem Zweifel Anlaß geben, ob nicht auch die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 11. Mai angestellten Geistlichen rettungslos der Strafe verfallen. Allerdings will das Gesetz selbst, wie die Fassung (insbesondere des § 1) klar ergiebt, seine materiellen und formellen Erfordernisse,

esehen von dem Falle des § 25, nur für künftige Amtsübertragungen stellen, ja, es läßt auch für diese in materieller Beziehung noch snahmen auf Grund der früheren Zustände zu (§ 26). Aber wenn ftig ein früher angestellter Geistlicher gemäß Art. 2 belangt wird, n dieser überhaupt den Nachweis führen, daß er „unter Beobachg der §§ 1 bis 3" angestellt worden sei? Ich würde diese Frage ahen, indem ich davon ausgehe, daß die gedachten Paragraphen auf gleichen Fälle überhaupt nicht zu beziehen sind, insofern also auch n Nachweis der Beobachtung derselben geführt zu werden braucht. an könnte jedoch auch so argumentiren: der Angeschuldigte [21]) muß Beobachtung der §§ 1 bis 3 nachweisen; dies kann er bei früer Anstellung nie, weil damals die jetzt vorgeschriebene Art der ontrole noch gar nicht existirte; folglich ist er stets strafbar! — Und lbst nach der erstgenannten Ansicht müßte der angegriffene Geistliche nmerhin nachweisen, daß seine Anstellung vor dem Inkrafttreten des esetzes erfolgt sei.

Noch mehr: selbst auf die Auslegung muß man nach dem Wortaute des Artikels gefaßt sein, daß der Geistliche schon im Augenblick der inkriminirten Handlung seinen Nachweis fertig und bereit haben uß! Denn strafbar ist, wer Amtshandlungen „vornimmt," ohne den Nachweis führen zu können." Allerdings wäre auch dies meines Erachtens eine durchaus mißverständliche Auffassung.

So viel ist klar: der Art. 2 erregt manche Bedenken und kann eine Fluth von Kontroversen hervorrufen. Man mag diese Bedenken doktrinär nennen, man mag darauf hinweisen, daß die Anklagebehörde bei Anwendung des Art. 2 ein billiges Ermessen walten lassen wird, daß im Uebrigen, wie die Verhältnisse liegen, in allen vorkommenden Fällen an der bewußten Auflehnung des Geistlichen gegen die Staatsgesetze gar nicht zu zweifeln ist, und daß derselbe, wenn die §§ 1—3 wirklich beobachtet worden, den ihm obliegenden Nachweis sehr leicht führen kann; dadurch wird die abnorme Bestimmung schwerlich hinreichend gerechtfertigt. Die Lage wird doch auch hoffentlich nicht dauernd so bleiben wie gegenwärtig — und wenn dann der eine oder andere Bischof oder Geistliche einlenkt, ganz oder theilweise, wenn die Wahrscheinlichkeit des vorsätzlichen Ungehorsams aufhört oder sich doch vermindert, wird man dann eine solche Bestimmung wie den Art. 2 aufrecht erhalten können?

[21]) Und zwar „ein jeder" Geistlicher!

Auch wenn man ihn aber nur als vorübergehendes, als eine Art Kriegsgesetz betrachtet, fällt es schwer, sich von der Nothwendigkeit der darin enthaltenen Abnormität zu überzeugen. Die Verletzung der §§ 1—3, und zwar gegenwärtig der Regel nach die Verletzung der Kontrolvorschriften, ist doch leicht genug durch amtliche Auskunft des Oberpräsidenten nachzuweisen; soll die Anklage, wie sie meines Erachtens muß, auch die Kenntniß des Geistlichen darthun, so bietet auch das gar keine Schwierigkeiten, wenn derselbe jedesmal über die Gesetzwidrigkeit seiner Anstellung besonders belehrt wird. Soll dagegen der Angeklagte die Beobachtung der §§ 1—3 nachweisen, so mag ihm das leicht genug sein, wenn ihm der Obere die Mittel dazu liefert; ob aber der durch Art. 2 indirekt geübte Zwang zu solcher Exkulpirung gegenüber dem Untergebenen die kirchliche Disziplin nicht zu sehr beeinträchtigt, ist doch zweifelhaft. —

VII.

Zur Lehre von der eventuellen Eidesdelation nach gemeinem deutschen und preußischem Prozeßrechte.

Von Herrn Kreisrichter August Pütter in Stralsund.

Einleitung.

Die Lehre von der eventuellen Eidesdelation ist für den praktischen Juristen sehr wichtig, da sie fast in jedem Prozesse zur Anwendung kommt, namentlich wenn die Parteien mit Anwälten versehen sind, die es nur selten unterlassen, sich eventuell der Eidesdelation zu bedienen. Trotzdem ist dieselbe bisher verhältnißmäßig wenig eingehend behandelt, und was die ältere Zeit in dieser Beziehung erzeugt hat, macht im Großen und Ganzen einen wenig erfreulichen Eindruck.

Die letzten Jahre haben zwar in Bayer's Vorträgen über den gemeinen ordentlichen Prozeß; ferner durch Bolgiano's Abhandlungen in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß (neue Folge Bd. VII S. 276) und im Archiv für die civilistische Praxis (Bd. XXXIII S. 43); sowie endlich durch den vortrefflichen Aufsatz von Busch im Archiv für die civilistische Praxis (Bd. XLI S. 253) Manches klargestellt, indessen doch noch nicht Alles erschöpft. Insbesondere ist die formelle Behandlung des eventuellen Eides in diesen Abhandlungen nicht eingehend erörtert, auch auf die neuere preußische Gesetzgebung selbstverständlich keine besondere Rücksicht genommen; — und doch ruft grade diese formelle Behandlung des eventuellen Eides überhaupt und insbesondere nach dem preußischen Prozeßrechte manche Bedenken hervor, welche dem praktischen Juristen bei dem häufigen Gebrauche des eventuellen Eides immer von Neuem begegnen und deshalb wohl einer speziellen Erörterung werth sein dürften.

Um aber für die Beantwortung dieser praktischen Fragen ei feste Basis zu gewinnen, darf die ältere Lehre nicht unbeachtet bleib und wir werden deshalb die letztere, soweit als nothwendig, zu re pituliren haben.

I. Abschnitt.

Zulässigkeit der eventuellen Eidesdelation überhaupt.

Von den ältesten Zeiten bis auf den heutigen Tag sind a Prozeßlehrer darüber einig, „daß eine gleichzeitige Cumulati des Eides mit anderen Beweismitteln über dieselbe Tha sache unzulässig sei."

Dieser unzweifelhaft feststehende Satz setzt zunächst eine für l Entscheidung des Prozesses erhebliche, bestrittene und deshalb vo Richter znm Beweise verstellte Thatsache voraus, über welche die l weispflichtige Partei ihren Beweis angetreten hat, und postulirt da weiter, daß in dieser Beweisantretung anderweitige Beweismittel i dem Eide in der Weise kopulirt sind, daß der Beweisführer nicht bl durch jene anderen Beweismittel, sondern zugleich und daneb auch noch durch Eid die Wahrheit oder Unwahrheit der streitigen Th sache erweisen will.

Unter die Vorschrift jenes Satzes fällt somit nicht der F wenn die beweispflichtige Partei sich principaliter der Eidesdelati bedient hat und ihr Gegner zum direkten Gegenbeweise andere B weismittel vorschlägt. Ebenso wenig berührt jener Satz den Fall, t der Beweisführer anderweitige Beweismittel vorschlägt und der P duzent seinen direkten Gegenbeweis durch Eidesdelation antritt. I eine wie der andere Fall involvirt keine gleichzeitige und deshalb a keine als unzulässig verbotene Cumulation, da von einer solchen n dann die Rede sein kann, wenn der Produzent verschiedene Bewe mittel mit einander verbindet, und zwar in der Absicht, damit (und dieselbe Thasache zu beweisen. In dieser Art ist die Cumulati des Eides mit anderen Beweismitteln verboten. Einen Grund die Verbotes finden Manche lediglich in der positiven Vorschrift l kanonischen Rechtes cap. 2. X. de probationibus 2. 19, welche f gendermaßen lautet:

Alexander III (anno 1176).

Sicut consuetudo laudabilis: Sane quoniam apud v consuetum esse didicimus, ut quum aliquis intentione

suam fundaverit instrumentis, aut testibus. ei sacramentum nihilominus deferatur: quod si subire noluerit, fides probationibus non habetur. Nos, quum tunc demum ad hujusmodi sit suffragium recurrendum. cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur. talem consuetudinem reprobamus.

Andere dagegen suchen jenes Verbot durch die verschiedene Natur ‥s Eides und der sonstigen Beweismittel zu begründen (Johann ‥ottfried Schaumburg: Principia praxeos juridicae judicrariae ‥750] Liber I. Sectio I. Membrum III. cap. I. no. VI. pag. 152, ‥53 und die dort Citirten) und damit also die in jener Stelle des ‥nonischen Rechtes etwa vorhandene positive Satzung als eine ratio‥‥lle zu rechtfertigen.

Der klare Wortlaut des cap. 2. X de probationibus enthält ‥zweifelhaft nicht das hier in Frage kommende Verbot, sondern tadelt ‥r den unnöthigen Gebrauch des Eides in Fällen, wo andere Be‥eismittel zu Gebote stehen, und deshalb dürften nur diejenigen auf ‥m richtigen Wege sein, welche jenen in der Doktrin und Praxis fest‥ehenden Satz aus der verschiedenen Natur der Beweismittel erklären ‥ollen.

Zwischen dem Schiedseide und den sonstigen Beweismitteln existirt ‥ der That auch ein Unterschied, welcher einigermaßen an das Ur‥eilen nach positiven Beweisregeln und das Erkennen auf Grund ‥eier Ueberzeugung erinnert und deshalb diese beiden Arten des Be‥eises scharf von einander trennt.

Diese vollständig verschiedene Natur des einen und des anderen ‥eges, seine Intention zu fundiren, finden wir gesetzlich mit voller ‥larheit im sächsischen Prozesse anerkannt.

Die Sächsische Prozeßordnung von 1622 (Titel 13 § 1), Carpzow, Defin. for. P. 1. const. 11. defin. 14. u. const. ‥2. def. 1. no. 2—5.) und übereinstimmend mit ihm die hambur‥ischen Statuten, P. I. tit. 34. art. 1, (Heyse's Praktische Abhand‥ungen, Thl. I Nr. XV S. 267), sowie das Lübische Recht, Buch V ‥it. 8 Art. 2, (cfr. Mevius Commentarius ad Jus Lubicense. ‥d hunc articulum) kennen nämlich einen doppelten Weg, um einen ‥nspruch vor Gericht geltend zu machen. Der eine ist die „Klage ‥uf den Eid", der andere die „Klage auf Beweis."

Bei der ersteren begründet der Kläger unter Darlegung des

betreffenden Rechtsverhältnisses seinen Anspruch und deferirt für den Fall, daß der Gegner die Klage-Thatsachen leugnen sollte, dem letzteren sogleich den Eid, oder legt, wie der technische Ausdruck ist, die Sache zur Eideshand des Gegners.

Bei der Klage auf Beweis dagegen erbietet der Kläger sich von vornherein, die geleugneten Thatsachen durch Zeugen oder Urkunden zu bewahrheiten.

Der einmal gewählte Weg ist unabänderlich. (Mevii Commentarius loco citato no. 9.)

Schärfer als in diesen Gesetzen kann man die grundverschiedene Natur des Schiedseides und der sonstigen Beweismittel nicht füglich charakterisiren.

Bei der Klage auf Beweis, und somit auch bei unserer Beweisantretung durch andere Beweismittel als durch den Eid, producirt der Beweisführer Urkunden oder Zeugenaussagen, deren Inhalt den Richter zur Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer bestimmten Thatsache bewegen soll; und je nachdem dieses gelingt oder mißlingt, ist es schließlich der Richterspruch, welcher auf Grund dieser Aussagen die Sache so oder anders anders entscheidet; das richterliche Urtheil über die vorgebrachten Beweismittel giebt die Entscheidung in diesem oder jenem Sinne ab.

Zwar ist der erkennende Richter gemeinrechtlich durch positive Regeln gebunden und es könnte fast scheinen, als dürfte man nicht mehr das Urtheil, sondern nur die demselben zu Grunde liegenden Aussagen der Zeugen und den Inhalt der Urkunden als das Entscheidende ansehen. In gewissem Sinne ist dies allerdings richtig, denn der Richter ist ja an den Inhalt der Urkunden wie der Zeugenaussagen gebunden. Allein diese Gebundenheit macht dennoch die richterliche Thätigkeit nicht unnöthig. Auch wenn die Urkunden vorliegen und die Aussagen der vernommenen Zeugen bekannt sind, kann dennoch keine Partei mit mathematischer Gewißheit sagen, daß sie gewinnen müsse; weil eben der Richter möglicherweise die Beweise anders als die Partei würdigen kann, und somit liegt die Entscheidung hier doch immer in dem Urtheile des Richters.

Ganz verschieden hievon ist es bei der Klage auf den Eid, und in Folge dessen auch bei unserer Beweisantretung durch Eidesdelation. Hier hängt die Entscheidung lediglich von dem Eide, und zwar dermaßen unbedingt ab, daß jede Partei mit mathematischer

Gewißheit das Ende des Prozesses berechnen kann. Weil geschworen ist, darf der Richter nur so und nicht anders erkennen. Er ist nicht wie bei der beschworenen Zeugenaussage berechtigt, die Glaubwürdigkeit der beschworenen Thatsache irgend einer Kritik zu unterziehen.

Dort liegt also die Entscheidung in dem Urtelsspruche über die erhobenen anderweitigen Beweise; — hier beruht sie lediglich auf dem Eide oder präcise gesprochen auf dem dem Eide zu Grunde liegenden Vertrage der Parteien, ihren Streit von der Leistung oder Nichtleistung des fraglichen Eides abhängig machen zu wollen.

Richterspruch und Vertrag, das sind also die Gegensätze, in denen die verschiedene Natur der sonstigen Beweismittel und des Schiedseides gipfelt, und wie der Richter nichts mehr zu entscheiden hat, wenn die Parteien sich vertragen haben: so ist auch kein Raum für einen Vertrag, wo der Spruch des Richters verlangt wird.

Der Schiedseid, als Vertrag zwischen den Parteien, schlichtet jeden Streit sofort und für immer, und gehört vermöge seiner Vertragsnatur dem materiellen Rechte an; der Richterspruch dagegen beendet den Prozeß nur bedingungsweise, weil er ja noch der Anfechtung nach den Regeln des Prozeßrechtes unterliegt.

Weil man nicht gleichzeitig über eine Thatsache streiten und sich über sie vertragen kann, deshalb steht der Satz unanfechtbar fest, daß eine gleichzeitige Kumulation des Eides mit anderen Beweismitteln über dieselbe Thatsache unzulässig ist.

In den Gebieten, in welchen die Bestimmungen der Sächsischen Prozeßordnung von 1622, der hamburgischen Statuten, Thl. I Tit. 34 Art. 1, und des Lübischen Rechtes, Buch V Tit. 8 Art. 2, galten, konnte natürlich die Frage niemals auftauchen, ob es nicht wenigstens gestattet sei, den Schiedseid eventuell mit anderen Beweismitteln zu verbinden.

Wohl aber wurde diese Frage im Herrschaftsgebiete des gemeinen deutschen Prozesses erhoben und bald bejahend, bald verneinend beantwortet.

Es hängt diese Kontroverse offenbar mit der präclusivischen Natur des Termins zur Beweisantretung zusammen. Diese schien es nämlich zu gebieten, daß wenn man auch nur eventuell von dem Eide Gebrauch machen wollte, der Eid dennoch, wenn auch nur eventuell innerhalb der Beweisfrist zugeschoben werden müsse. Wenn nun aber der Beweisführer über eine und dieselbe Thatsache den Beweis unter

eventueller Eidesdelation principaliter durch andere Beweismittel antrat, so hatte man formell eine wenn auch nur eventuelle Kumulation des Eides mit sonstigen Beweismitteln.

Angesichts des oben erörterten Satzes von der Unzulässigkeit einer gleichzeitigen Kumulation entstand nun die Frage, ob selbige als eventuelle statthaft erscheine?

Noch Danz (Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Prozesses, 3. Ausg. [1800] § 238) lehrt unter Berufung auf eine ganze Reihe von Autoren, daß die Eideszuschiebung auch nicht einmal bedingungsweise und subsidiär mit anderen Beweismitteln in Ansehung des nämlichen Punktes verbunden werden könne.

Danz selber beruft sich für seine Ansicht auf cap. 2 X de probationibus, und seine Gewährsmänner fügen zum Theil als ferneren Grund noch hinzu, daß auch nicht einmal eine eventuelle Verbindung sich wechselseitig ausschließender Beweismittel statthaft erscheine.

Was nun zunächst jene Stelle des kanonischen Rechtes betrifft, so behandelt dieselbe die hier zu entscheidende Streitfrage mit keiner Silbe.

Wir haben es hier, wohl verstanden, nur mit der Frage zu thun:

„ob es überhaupt zulässig ist, daß derjenige, dem eine Thatsache zu beweisen obliegt, in seiner Beweisantretung erkläre, daß er seinen Beweis principaliter durch Zeugen oder Urkunden und eventuell durch Eidesdelation zu führen gedenke."

Diese formelle Frage, die allerdings aus dem materiellen Prozeßrechte zu entscheiden sein wird, ist in dem cap. 2 gar nicht berührt; vielmehr liegt dort die Sache so, daß der prinzipale Beweis bereits angetreten und erhoben ist. Nun, sagt der Papst, habe er erfahren, daß nichts destoweniger dem Beweisführer ein sacramentum deferirt sei,

„quod si subire noluerit, fides probationibus non habetur."

Diese Eidesdelation trotz des Vorhandenseins anderer Beweismittel reprobirt der Papst mit den Worten, daß auf diese Eidesdelation nur dann zu rekurriren sei, wenn man in Erfahrung gebracht habe und wisse, daß andere gesetzliche Beweismittel fehlen.

Also der Kläger gründet seinen Anspruch auf Zeugen- und Urkundenbeweis; trotzdem legt der Richter ihm — ob in Folge der Delation von Seiten des Prozeßgegners oder aus eigenem Antriebe, erfahren wir nicht — einen Eid auf und macht von diesem zunächst die Entscheidung abhängig; er verwandelt also so zu sagen die Klage auf Beweis in eine Klage auf den Eid.

Ein derartiges Verfahren mißbilligt der Papst und giebt als entscheidenden Grund hiefür an:

„tunc demum ad hujusmodi (scilicet: juramenti) suffragium recurrendum esse. cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur.“

Damit wird zwar die subsidiäre Natur des Eides als Beweismittel anerkannt, aber über jene Formfrage nichts entschieden. Man soll hiernach zur Stimme des Eides nur greifen, wenn feststeht, daß sonstige Beweismittel fehlen. Ein Verbot aber des Inhaltes, daß man den Eid in hunc eventum schon zu einer früheren Zeit dem Gegner antrage, enthält jene Gesetzesstelle nicht.

Fehlt es hiernach an einem positiven Prohibitiv-Gesetze, so kann nur noch in Frage kommen, ob die verschiedene Natur des Eides und der sonstigen Beweismittel selbst einer blos eventuellen Kumulation im Wege stehe.

Wir meinen, daß dies nicht der Fall sei.

Zunächst gehört der Schiedseid als jus jurandum voluntarium dem materiellen Rechte, und speziell dem Obligationenrechte an (cfr. Puchta: Pandekten, § 295). Derselbe hat aber auch in dem Prozeßrechte Aufnahme gefunden und sich dadurch in ein juramentum necessarium verwandelt.

Während bei jenem der Delat ohne Nachtheil das Schwören unterlassen darf und nicht gezwungen werden kann. das streitige Rechtsverhältniß von dem Eide abhängig zu machen, besteht hier ein prozessualischer Zwang, vermöge dessen der zum Eide Aufgeforderte ihn nicht einfach verweigern darf, vielmehr gezwungen wird, zur Vermeidung prozessualischer Nachtheile den Eid entweder zu acceptiren oder zu referiren.

Es ist interessant, den Grund dieses Zwanges in dem praktischen Sinne der römischen Juristen kennen zu lernen.

Der Prätor scheint diesen Zwang eingeführt zu haben, denn Paulus sagt in seinem 37. Buche ad Edictum zur Motivirung desselben:

„Manifestae turpitudinis et confessionis est. nolle nec jurare. nec jus jurandum referre“

und Justinian erkannte diesen Grund noch zu seiner Zeit als den richtigen dadurch an, daß er jenen paulinischen Satz in die Lex 38 Dig. 12. 2 aufnahm.

Der Grund ist also lediglich in der Erwägung zu suchen, d derjenige, welcher es ablehnt, die Streitsache durch einen Schieds zu erledigen, unehrenhaft handle, und deshalb als ein solcher zu handeln sei, der die Schlechtigkeit seiner Sache eingestehe.

An der Vergleichnatur des Eides ward übrigens nichts geände und somit gehörte der Schiedseid als jus jurandum necessariu abgesehen von diesem prozessualischen Zwange, immer noch dem ma riellen Rechte an. Mit dem einen Fuße stand er in letzterem, n dem anderen im Prozeßrechte. Diese Doppelstellung hat in der Fo allerdings noch weitere Unterscheidungen des juramentum voluntari und necessarium zur Folge gehabt, z. B. daß letzterer nur ü Thatsachen deferirt werden darf u. s. w., allein diese Differenzen teressiren uns zur Zeit nicht weiter, vielmehr genügt es vor der Ha auf die Doppelstellung des Schiedseides aufmerksam gemacht zu hab um darnach zur Hauptfrage zurückzukehren.

Soweit nämlich der Schiedseid kraft seiner Vergleichsnatur d materiellen Rechte angehört, steht dem eventuellen Gebrauche d selben nichts entgegen, da man nach den Vorschriften des materiell Rechtes unzweifelhaft nicht blos einen unbedingten, sondern auch ein bedingten Vergleich anbieten und annehmen darf, mithin auch ein Vergleich unter der Bedingung proponiren kann:

„wenn meine sonstigen Beweismittel nichts oder nicht genug darthun sollten, so will ich die Sache vom Schiedseide abhängig machen".

Ebenso wenig widerspricht aber die prozessualische Natur des Schiedseides dem eventuellen Gebrauche desselben.

Der Schiedseid ist in sofern kein Beweismittel, als letztere den Zweck haben, dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer streitigen Thatsache zu gewähren, denn die beschworene Thatsache steht für den Richter nicht deshalb fest, weil er von der Wahrheit derselben überzeugt worden wäre, sondern lediglich deshalb, weil sie beschworen ist.

Nur deshalb erscheint der Schiedseid als Beweismittel, weil durch ihn — wie durch andere Beweismittel — etwas Streitiges als nunmehr unbestreitbar, als feststehend hingestellt wird, und diese Eigenschaft des Eides rechtfertigt es, ihn prozessualisch wie die übrigen Beweismittel zu behandeln.

Hiernach fällt die Frage:

„ob es prozessualisch unbedenklich sei, sich eventuell der Eidesdelation zu bedienen“

mit der weiter gehenden zusammen:

„ob es statthaft sei, neben den principaliter vorgeschlagenen Beweismitteln eventuell noch andere zu benennen“,

und diese Frage muß unbedingt bejaht werden.

Man denke nur an den Fall, daß der Beweisführer eine große Anzahl von Augen- und Ohrenzeugen, welche direkt das Beweisthema zu bekunden vermögen, benennen könnte. In der Hoffnung, daß sich dieselben des Herganges noch ganz genau erinnern werden, benennt er principaliter nur zwei Zeugen; allein die Möglichkeit, daß das Gedächtniß der Zeugen inzwischen schwächer geworden, ins Auge fassend, laudirt der Probant eventuell noch die übrigen Zeugen. Unbedenklich ist ein solches Verfahren gestattet.

Ebenso, wenn der Probant seinen Beweis durch viele Urkunden zu liefern vermöchte, wird ihm unzweifelhaft die Befugniß zustehen, zuvörderst nur einige zu benutzen und sich auf die übrigen erst in **eventum**, d. h. für den Fall zu berufen, daß der Richter jene nicht für ausreichend erachten sollte.

Nicht minder unbedenklich wäre es, den Beweis principaliter durch Zeugen, und nur eventuell — falls diese nichts oder nicht genug wüßten — durch Urkunden, oder umgekehrt, anzutreten; — und grade so steht es auch in dem Falle, wo der Probant principaliter andere Beweismittel vorschlägt und eventuell, falls durch diese das Faktum nicht erwiesen werden könnte, sich des Schiedseides zur Feststellung der streitigen Thatsache bedienen zu wollen erklärt.

II. Abschnitt.

Der Zeitpunkt, bis zu welchem die eventuelle Eidesdelation zuläßig ist.

Legt man das entscheidende Gewicht auf die Vergleichsnatur des Eides, also auf die materielle Seite desselben, so ist in der That kein Grund abzusehen, der den Gebrauch des eventuellen Eides an irgend welche Fristen binden könnte.

Es muß nämlich den Parteien unverwehrt sein, in jedem beliebigen Stadium des Prozesses den Streit vergleichsweise beizulegen — denn die Parteien haben die Befugniß, über ihre Rechte jederzeit zu paktiren; und auch der mit dem juramentum necessarium verbundene

Zwang weist keineswegs mit Nothwendigkeit dem Eide eine bestimmte Stelle im Prozesse an.

Wird dagegen die formelle prozessualische Seite des Schiedseides ins Auge gefaßt und die Beweismittel-Natur dieses Eides accentuirt, so entsteht auf der Stelle die Frage, ob der Gebrauch dieses Beweismittels an dieselben Fristen wie der der übrigen Beweismittel gebunden sei?

Lange ist hierüber gestritten worden. Diejenigen, welche auch nach Ablauf der Beweisfristen die Eidesdelation noch zuließen (cfr. die zahlreichen Citate in Heise's juristischen Abhandlungen, Bd. I Nr. XV § 2, Note 8 S. 268, 269) hatten im Großen und Ganzen drei Gründe für sich anzuführen:

1. Zunächst die positive Bestimmung des römischen Rechtes L. 12. pr. Cod. de reb. creditis 4. 1:

> Generaliter de omnibus juramentis, quae in litibus offeruntur vel a judice vel a partibus, definiendum est. Quum enim jam increbuit, judices in plenissima definitione sacramentum imponere, evenit, ut, provocatione lite suspensa, hi quidem, qui jus jurandum praestare jussi sunt, ab hac forte luce subtrahantur, probationes autem rerum cadant, quum multum discrepat juramentum hereditarium a principali sacramento.
>
> Necessitate itaque rerum coacti et probationibus pinguius subvenientes ad hujus modi venimus sanctionem: Omne igitur juramentum, sive a judicibus sive a partibus illatum vel in principio litis, vel in medio, vel in ipsa definitiva sententia, sub ipso judice detur, non exspectata vel ultima definitione vel provocationis formidine.

2. Ferner soll der Eid noch nach Ablauf der Beweisfristen zulässig sein wegen seiner subsidiären Natur, die es verhindere, ihn schon von Anfang an neben anderen Beweismitteln zu gebrauchen, und nur nach erfolgtem Gebrauche der letzteren die Zurhandnahme des Eides gestatte.

3. Endlich soll auch die Billigkeit für diese nachträgliche Zulassung des Eides sprechen.

Diese Gründe sind nicht stichhaltig.

Wie hinfällig der dritte Grund vor der Wissenschaft erscheinen muß, leuchtet ohne Weiteres ein; und daß auch der zweite Grund nur

auf der mißverstandenen Regel von der unzulässigen Kumulation des Eides mit anderen Beweismitteln beruhe, ist schon nach den obigen Erörterungen klar; denn nur der wirkliche Gebrauch, d. h. die Leistung des Eides neben anderen Beweismitteln über dieselbe Thatsache, nicht aber die Erklärung:

„daß man sich im Falle des Mißlingens des prinzipalen Beweises der Eidesdelation bedienen wolle,"

ist verboten.

Auch die für den ersten Grund zitirte Coderstelle beweist offenbar nichts; denn wenn dieselbe auch von Eiden redet, welche zu Anfang des Rechtsstreites — oder in der Mitte desselben — oder gar erst am Ende desselben vom Richter oder den Parteien deferirt seien, so zwingt der Wortlaut keineswegs zu der Annahme, daß auch die am Ende des Streites deferirten Eide solche seien, welche die eine Partei der anderen zugeschoben hat. Im Gegentheil scheint es weit richtiger, unter diesen am Ende vorkommenden Eiden nur diejenigen zu verstehen, auf welche der Richter erkannt hat; und wenn man dieses nicht anzunehmen geneigt ist, so erscheint es doch in hohem Grade bedenklich, aus den Vorschriften des römischen Rechtes eine entscheidende Norm für unser heutiges Prozeßverfahren zu entnehmen, da letzteres wenigstens in der Beweis-Instanz auf wesentlich anderen Grundsätzen als der römische Prozeß beruht.

Die fragliche Coderstelle tadelt offenbar das in der Praxis zur Regel gewordene Verfahren, auf die Eide zu erkennen und will die hierdurch und durch den Suspensiv-Effekt der Appellation entstehende Gefahr, daß der Schwurpflichtige inzwischen sterben kann, durch die Vorschrift abwenden, daß alle Eide, mögen sie zu Anfang, in der Mitte oder am Ende des Prozesses auferlegt werden, vor dem Richter, der sie auferlegt hat, abgeleistet werden, ohne die Entscheidung der höheren Instanz abzuwarten.

Die qu. Stelle will also über unsere Frage nichts verordnen.

Mit Recht entscheiden deshalb die neueren Rechtslehrer die Frage nach dem Zeitpunkte des Gebrauches der eventuellen Eidesdelation lediglich aus der Natur derselben als eines Beweismittels, und erklären demzufolge:

„es müsse die eventuelle Eidesdelation innerhalb der zur Beweisantretung bestimmten Frist zur Hand genommen werden."

Diese Ansicht darf heutzutage wohl mit Fug und Recht gemeinrechtlich als communis opinio gelten. (Vergl.: Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen Bd. I Nr. XV S. 266 ffg.; Gensler, im Archiv für civilistische Praxis Bd. I S. 159 sub C.; Linde, im citirten Archiv Bd. XIV Nr. XVII S. 421 ffg.; Baier, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß § 300; Renaud, der ordentliche Prozeß § 137; Schmid, Handbuch des Civilprozesses § 125 S. 197 199; Wetzel, System des ordentlichen Civilprozesses § 27 S. 259--265; u. A. m.)

Während sich diese richtige Meinung allmälig im Gebiete des gemeinen Prozesses Bahn brach, machte die preußische Gesetzgebung gleichzeitig eine retrograde Bewegung; denn nicht nur der § 35 der Verordnung vom 1. Juni 1833, welche für den Bezirk der Allgem. Ger.-Ordg. Gesetzeskraft hat, sondern auch die für Neuvorpommern und Rügen, sowie für den Bereich des Justizsenates zu Ehrenbreitenstein erlassene Verordnung vom 21. Juli 1849 im § 30, und endlich der § 28 der Veordnung vom 24. Juni 1867, gültig für die seit 1866 neu erworbenen Provinzen mit Ausnahme von Hannover, erklären eine Vervollständigung der Beweisantretung durch Eideszuschiebung noch bis zum Erlasse des Endurtheiles für zulässig. Gründe dieser positiven Vorschrift vermögen wir nicht anzugeben, denn selbst die wenigen im Justizministerialblatte für 1849 S. 63 ffg. abgedruckten Motive zu der Verordnung vom 21. Juli 1849 enthalten hierüber nichts.

Auf den ersten Blick könnte es scheinen, daß der Gesetzgeber die materielle Seite des Eides, die Vergleichsnatur desselben wiederum mehr zur Geltung zu bringen beabsichtigt und deshalb den Parteien das Recht zurückgegeben habe, in jedem Stadium des Prozesses den Streit durch einen Eid niederzulegen.

Allein dies dürfte doch wohl nicht der rechte Grund jener Bestimmung sein, weil sie überall dahin lautet:

> „die Eideszuschiebung ist bis zur Entscheidung der Sache, in allen Fällen aber nur dann zulässig, wenn der Eid auf eine bestimmt ausgesprochene Thatsache gerichtet ist“.

Der Eid als juramentum voluntarium ist an eine solche Beschränkung nicht gebunden, vielmehr können in den freiwilligen Schiedseid durch den Willen der Parteien auch Urtheile aufgenommen werden.

Der Umstand, daß man den Eid in ein jus jurandum necessarium verwandelte und dieses als Beweismittel behandelte, drängte mit Nothwendigkeit dahin, den Eid im Prozesse auf Thatsachen zu beschränken, da nur über Thatsachen, nicht über Urtheile dem Richter Beweis erbracht werden kann.

Indem also die neuere preußische Gesetzgebung den Eid überall nur über bestimmt ausgesprochene Thatsachen für zulässig erklärte, konservirte sie damit recht eigentlich den Eid als ein bloßes Beweismittel; und wenn sie dieses von den sonstigen Beweisfristen eximirte, so haben wohl nur die auch ehemals hiefür geltend gemachten Billigkeitsrücksichten und Zweckmäßigkeitsgründe die Ausnahme von der Regel diktirt.

III. Abschnitt.

Wann wird die eventuelle Eidesdelation wirksam?

Bei der hierüber noch immer herrschenden Unklarheit der Meinungen scheint es geboten, den weiteren Erörterungen die eigene Ansicht in präziser Formel voranzustellen, und zwar dahin:

„Die eventuelle Eidesdelation wird nur dann wirksam, wenn durch die principaliter angebotenen Beweismittel **nichts** erwiesen ist."

Die Bedeutung dieses Satzes wird erst durch folgende Erwägungen in ihrem ganzen Umfange klar:

I. Entscheidend für die Wirksamkeit der eventuellen Eidesdelation ist nur das Resultat, welches die principaliter angebotenen Beweismittel gehabt haben; und da nur der Probant, d. h. die Partei, welche den Beweis führen soll, Beweismittel produzirt, so kommt es also nur darauf an, was der Probant durch seine Beweismittel dargethan hat. Sollte der Probat Gegenbeweis angetreten haben und dieser ganz oder theilweise gelungen sein, so tritt dennoch, wenn die Beweismittel des Probanten nichts ergeben haben, der Fall ein, für welchen der Probant sich der Eidesdelation bedient hatte.

Nachdem der prinzipale Beweis des Probanten mißlungen ist und kein Resultat geliefert hat, bleibt als einzigstes Beweismittel für den Probanten nur noch der eventuelle Eid übrig. Es hat sich, wie Busch im Archiv für civilistische Praxis Bd. 41 S. 253—287 in der Abhandlung: „Gegen die herrschende Lehre im Gebiete der eventuellen

Eidesdelation" nachgewiesen, die gemeinrechtliche Doktrin dahin ausgebildet,

„daß bei eventuell deferirtem Eide der direkte Gegenbeweis als Gewissensvertretung angesehen werden soll."

und dieser Satz beruht darauf, daß man den Eid als ein Beweismittel behandelte.

Gehört der Eid zu den Beweismitteln, so muß er, wie gezeigt worden, selbst wenn man sich desselben nur eventuell bedienen will, innerhalb der zur Beweisantretung gesetzten Frist eventuell deferirt werden.

Der Probat ist verpflichtet, sich über die ganze Beweisantretung seines Gegners, also auch über den eventuell zugeschobenen Eid, zu erklären, und kann in Bezug auf letzteren nur zwischen Annahme, Relation und Gewissensvertretung wählen.

Tritt der Probat nun über den eventuell eidlich abzuleugnenden Beweissatz Gegenbeweis an, so giebt er damit zu erkennen, daß er den von ihm zu beschwörenden Satz zunächst durch andere Beweismittel darthun wolle. Hierin liegt aber grade das Wesen der Gewissensvertretung (vergl. Baier, Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß § 268) und es ist ein Zeugniß für den gesunden Sinn der gemeinrechtlichen Doktrin und Praxis, wenn dieselbe auch bei dem Mangel einer ausdrücklichen Erklärung des Delaten: „durch den angetretenen Gegenbeweis eventuell auch sein Gewissen vertreten zu wollen," dennoch diesen Gegenbeweis als Gewissensvertretung angesehen und behandelt hat.

Ist nun aber der direkte Gegenbeweis beim eventuellen Eide als Gewissensvertretung zu behandeln, so liegt die Sache für den Fall, daß die eventuelle Eidesdelation wegen Resultatlosigkeit der Hauptbeweise wirksam wird, also für den Fall, daß der Probant mit seinen prinzipalen Beweismitteln nichts beweist, folgendermaßen: daß nämlich der bisher eventuell zugeschobene Eid nunmehr für definitiv zugeschoben zu erachten ist, und daß der Probat dieser Eidesdelation gegenüber sein Gewissen zuvörderst durch Beweis vertreten hat.

Ist nun diese Gewissensvertretung vollständig gelungen, so ist ihr Zweck erreicht und es kommt nicht mehr zu dem deferirten Eide, weil die zu beeidigende Thatsache vollständig erwiesen, mithin anderweitig festgestellt ist und deshalb nicht mehr durch den Eid nochmals festgestellt zu werden braucht. Die vollständig gelungene Gewissens-

vertretung befreit den sonst zum Schwur erbötigen Delaten von der Schwurpflicht.

Ist dagegen die Gewissensvertretung vollständig mißlungen, so entscheidet nunmehr lediglich der deferirte Eid, den der Delat jetzt unbedingt zu leisten hat, da eine Relation desselben nach mißlungener Gewissensvertretung unstatthaft ist. Der Delat muß nun schwören.

Wenn endlich die Gewissensvertretung nicht gänzlich mißlungen, aber andererseits auch nicht vollkommen gelungen ist, so muß der Delat ebenfalls schwören. Busch, am angegebenen Orte, kommt zwar auch zu diesem Resultate, indeß dürften seine Gründe nicht durchweg richtig erscheinen. Derselbe unterscheidet die beiden Fälle:

1. daß der Delat durch seine Gewissensvertretung mehr als halben Beweis erbracht habe und

2. daß ihm der zur Gewissensvertretung unternommene Beweis weniger als halb gelungen sei.

Im ersteren Falle will er dem Delaten einen Erfüllungseid zuerkennen, während er im letzteren Falle mit Recht den Delaten für verpflichtet erklärt, den ihm zugeschobenen Eid zu schwören, da derselbe durch die Gewissensvertretung zu erkennen gegeben habe, daß er diesen Eid zwar zu schwören willens sei, jedoch zuvor noch den Versuch machen wolle, sich der Schwurpflicht durch Gewissensvertretung zu entledigen.

Dieser letztere Grund ist durchaus zutreffend und aus dem Wesen der Gewissensvertretung geschöpft; zwingt aber eben darum auch, im Falle ad 1 nicht auf einen Erfüllungseid zu erkennen, sondern die Entscheidung lediglich von dem deferirten Eide abhängig zu machen.

Ist der Versuch, sich der Schwurpflicht zu entziehen, nicht vollständig gelungen, so kann es auf ein Mehr oder Weniger begriffsmäßig nicht ankommen, denn ein zur Hälfte oder zu Dreiviertheilen oder zu Einviertheil mißlungener Befruch ist ebenso wie ein ganz mißlungener Versuch zu behandeln. Der Versuch hat eben nicht zum Ziele geführt, und es tritt deshalb wiederum die durch den deferirten Eid bedingte Schwurpflicht ein.

II. Die Bedeutung des diesem Absatze voran gestellten Satzes: „daß die eventuelle Eidesdelation nur dann wirksam werde, wenn durch die principaliter angebotenen Beweismittel nichts erwiesen ist.“

leuchtet aber in ihrem ganzem Umfange erst dann ein, wenn man dieses „Nichts“ etwas schärfer ins Auge faßt.

Das Resultat der vom Probanten principaliter vorgeführten Beweise kann:

a) entweder darin bestehen, daß das Beweisthema vollständig erwiesen ist; — dann erübrigt sich natürlich der Gebrauch des nur eventuell deferirten Eides.

b) Oder der prinzipale Beweis des Probanten ist vollständig mißlungen; — dann tritt ebenso unzweifelhaft die eventuelle Eidesdelation in Wirksamkeit.

c) Oder endlich ist durch die principaliter angebotenen und erhobenen Beweismittel etwas erwiesen. In diesem Falle darf nur, je nachdem grade halber Beweis, oder mehr oder weniger erbracht ist, auf einen nothwendigen Eid, d. h. auf einen Erfüllungs- oder Reinigungseid, niemals aber auf den eventuell zugeschobenen Eid erkannt werden.

Die hohe Bedeutung der schon citirten Abhandlung von Busch im civilistischen Archiv Bd. 41 S. 253 ffg. liegt darin, daß er es zuerst versucht hat, die Wahrheit dieses Rechtssatzes wissenschaftlich zu begründen.

Was seine Begründung anlangt, so will es uns zwar scheinen, als ob nicht alle von Busch im § 2 seiner Schrift citirten Autoren unumwunden die Richtigkeit dieses Satzes anerkennen oder präcise aussprechen; allein das Fehlen einiger dieser Rechtslehrer dürfte auch wohl wenig ins Gewicht fallen, wenn nur sonst die Wahrheit jenes Satzes erweislich.

Busch begründet dieselbe mit Recht aus dem Verbote

„der gleichzeitigen Kumulation des Eides mit anderen Beweismitteln“,

indem er darauf aufmerksam macht, daß jenes allseitig als unzweifelhaft anerkannte Verbot sofort aufgehoben sein würde, wenn man eine gleichzeitige Kumulation des Schiedseides mit einem Zeugen — da dieser ja keinen vollen Beweis liefere — für statthaft erklären wollte.

Soll der Schiedseid nur dann nicht gleichzeitig mit dem Zeugenbeweise zur Hand genommen werden, wenn zwei Zeugen das Beweisthema bekundet haben, so ist die ganze Lehre von dem Verbote der gleichzeitigen Kumulation des Schiedseides mit anderen

Beweismitteln nichts weiter als eine andere Wendung des Satzes: „daß über dasjenige, was schon anderweitig bewiesen ist, nicht noch ein Eid geschworen werden soll."

Solange man aber jener Lehre von der Unzuläſſigkeit der gleichzeitigen Kumulation des Schiedseides mit anderen Beweismitteln überhaupt noch einen Platz im Prozeßrechte vergönnt, so lange trifft sie grade den Fall, wo nur Ein Zeuge das Beweisthema mit mehr oder minderer Sicherheit bekundet, und überhaupt die Fälle, wo der versuchte Beweis nicht vollständig gelungen ist.

Falls kein vollständiger Beweis geliefert ist und der gelieferte unvollständige auf andere Art nicht mehr ergänzt werden kann, so hat der Richter auf einen nothwendigen Eid zu erkennen, d. h. ein Urtheil darüber abzugeben, wessen Angaben mehr Glauben beizumessen sei, — denen des Probanten oder denen des Probaten.

Es muß also nach dem gemeinen sowohl als nach dem preußischen Rechte in einem solchen Falle der Prozeß durch das richterliche Urtheil über die erhobenen Beweise entschieden werden.

Wollte man nun auch für diesen Fall den eventuell zugeschobenen Eid in Wirksamkeit treten lassen, so daß von ihm die Entscheidung abhängig würde, so hieße das nichts weiter als die sachliche Entscheidung zugleich von dem Urtel des Richters über die erhobenen Beweise **und** von dem Schiedseide, i. e. von dem darin liegenden Vergleiche der Parteien abhängig machen. Das Beides kann aber unmöglich neben einander existiren; nur Eins von Beiden ist denkbar, daß nämlich entweder der Spruch des Richters oder der Schiedseid entscheide; — und jenes Verbot der gleichzeitigen Kumulation des Schiedseides mit anderen Beweismitteln hat sich in diesem Falle für den Vorzug des Richterspruches entschieden und den Schiedseid — wie das cap. 2 de probationibus es ausdrückt — auf den Fall beschränkt:

„cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur."

Was vorstehend zunächst nur für das gemeine Recht entwickelt worden, muß auch für das preußische Prozeßrecht als geltend betrachtet werden.

Das Corp. jur. Frideriician. Thl. IV. Tit. 6 §§ 108—110 in Verbindung mit Thl. I Tit. 10 §§ 130—132 verbot die eventuelle Eidesdelation, und das Schweigen der Allgem. Gerichts-Ordnung

veranlaßte einen kurzen Streit darüber, ob dieses Verbot als aufgehoben oder fortbestehend zu betrachten sei?

Die Praxis hat sich längst entschieden für den Wegfall jenes Verbotes ausgesprochen, und der betreffende Plenarbeschluß des Kgl. Obertribunals vom 11. April 1845 (Justiz-Ministerial-Blatt 1845 S. 88; Entscheidungen des Obertribunals Bd. 10 S. 327) erklärt, daß der Richter, welcher bei dem unvollständig gelungenen Beweise von dem eventuell deferirten Eide abstrahire, keineswegs ein bestimmt gewähltes Beweismittel verlasse, sondern nur erkläre, daß die wesentlichen Voraussetzungen der Delation und Acceptation des Eides, also die Bedingungen, unter denen die Parteien die Entscheidung der Sache von der Ableistung des deferirten Eides abhängig machen wollten, nicht vorhanden seien, und zwar mit völlig rechtlicher Begründung.

Auch die neuere preußische Gesetzgebung hat an diesen Fundamental-Anschauungen nichts verändert.

Die Verordnung vom 1. Juni 1833 behandelte in den Paragraphen 30 bis 35 die Beweis-Instanz, berührte im § 35 die Frage, ob es zulässig sei, nach Beendigung der Beweisverhandlungen noch die Aufnahme neuer Beweise zu verlangen, — und entschied sich dahin, daß solches in Betreff der übrigen Beweismittel nur mit Beschränkungen statthaft erscheine; daß jedoch die Eideszuschiebung bis zur Abfassung des Erkenntnisses zulässig sei.

Hiermit hat der Gesetzgeber offenbar weiter nichts entscheiden wollen als die Frage: „in welchem Stadium des Prozesses von der Eidesdelation Gebrauch gemacht werden müsse.“ Man hat den Eid von dem Gebundensein an eine Beweisfrist befreit, sonst aber über den Gebrauch und die Zulässigkeit des Eides nichts verordnen wollen.

Die Bestimmung dieses § 35 ist auch in die für die Bezirke des Appellationsgerichtes zu Greifswald und des Justizsenates zu Ehrenbreitenstein erlassene Verordnung vom 21. Juli 1849 (G.-S. § 30 S. 314), sowie in den § 28 der für die neuerworbenen Provinzen ergangenen Verordnungen vom 24. Juni 1867 (G.-S. S. 892, 893) übergegangen, und hat dort durch eine kleine Veränderung des ihr in der Verordnung vom 1. Juni 1833 angewiesenen Platzes anscheinend einen etwas anderen Sinn bekommen.

Während sich nämlich jene Bestimmung in der zuletzt gedachten Verordnung am Ende der die Beweisinstanz betreffenden Vorschriften findet und dort nur von der Aufnahme neuer Beweise spricht, steht

die fragliche Gesetzesstelle in den beiden anderen Verordnungen mitten drinn in den Vorschriften über die Beweisinstanz, und dem

„die Eideszuschiebung ist jedoch bis zur Entscheidung der Sache zulässig“

geht dort ein Satz voraus, welcher in der Verordnung vom 21. Juli 1849 wörtlich lautet:

„Eine spätere Vervollständigung der (nämlich der durch Zeugen oder Sachverständige versuchten) Beweisantretung und die Aufnahme neu vorgeschlagener Beweismittel ist beim Widerspruche des Gegentheils nur in so fern zulässig, als sich dieselben aus den aufgenommenen Beweisen als vorhanden ergeben.“

In der Verordnung vom 24. Juni 1867 heißt dieser Satz dagegen nur:

„Eine spätere Vervollständigung der Beweisantretung ist ꝛc.“

ohne daß hier der Aufnahme neu vorgeschlagener Beweismittel gedacht wäre.

Es könnte fast scheinen, als solle die Eidesdelation, welche nach Ablauf der Beweisfrist annoch für statthaft erklärt wird, wie eine Vervollständigung des nicht vollständig gelungenen Zeugenbeweises behandelt werden; und wäre dieses der Fall, so würde in dieser Bestimmung das Verbot der gleichzeitigen Kumulation des Schiedseides mit anderen Beweismitteln aufgehoben sein.

Es ist indeß nicht anzunehmen, daß man so nebenbei jenen althergebrachten Grundsatz des Prozeßrechtes zu beseitigen beabsichtigt habe; — und auch die Tendenz dieser neueren Verordnungen dürfte gegen eine solche Auffassung sprechen. Diese neueren preußischen Verordnungen haben offenbar den Zweck im Auge gehabt, das Verfahren im ganzen preußischen Staate zu uniformiren, und deshalb enthalten jene neueren Verordnungen meistens wörtlich dieselben Bestimmungen, welche schon durch die Verordnungen vom 1. Juni 1833 und 21. Juli 1846 für die altländischen Gebiete eingeführt waren.

Wenn nun in den Verordnungen vom 21. Juli 1849 und 24. Juni 1867 zunächst die Bestimmung enthalten ist, daß die Beweismittel innerhalb einer peremtorischen Frist angegeben werden sollen, so drängte sich sofort und von selbst die Frage auf, ob nicht einzelne Beweismittel von dieser peremtorischen Frist zu befreien seien, und

die Antwort hierauf enthalten die §§ 30 resp. 28 der gedachten Proz novellen.

Beweismittel, welche sich erst aus den aufgenommenen Beweise als vorhanden ergeben, sollen, ebenso wie der Schiedseid, noch na Ablauf der peremtorischen Beweisfrist gebraucht werden dürfen.

Das und nichts weiter wollen die allerdings höchst mangelha redigirten beiden Paragraphen besagen, und wir haben somit auch fü die neuere preußische Gesetzgebung im Wesentlichen die Uebereinstin mung mit dem gemeinen deutschen Rechte zu konstatiren, da di neueren Verordnungen, namentlich die von 1849 und 1867, welc in gemeinrechtlichen Bezirken zur Geltung gelangten, an dem bestehen den Rechtszustande nichts verändert haben.

IV. Abschnitt.

Die formelle Behandlung der eventuellen Eidesdelation.

A. Das gemeine Recht.

Sobald die eventuelle Eidesdelation in Wirksamkeit tritt, d. h also sobald die principaliter benutzten Beweismittel gar keinen Erfol gehabt haben, hat der Richter nicht bloß dieses Mißlingen auszu sprechen, sondern auch zugleich die erforderlichen Anordnungen wege Erhebung des eventuellen Beweises zu erlassen. Er hat nun so z prozediren, wie wenn der Beweis principaliter durch Eideszuschiebun angetreten wäre.

Wenngleich der Probant verpflichtet ist, sich innerhalb der perem torischen Frist der Eideszuschiebung zu bedienen, so steht es doch i dem Ermessen des prozeßleitenden Richters, die Erklärung des Delate über Annahme oder Relation dieses Eides vorderhand noch nicht z erfordern, sondern hiermit bis nach Erhebung der prinzipalen Beweis zu warten. (Linde, Beiträge zu der Lehre über die Bedeutung un den Umfang der sogenannten Eventual-Maxime im deutschen gemeine bürgerlichen Prozesse — im Archiv für civilistische Praxis Bd. 1 S. 421—434.)

Hat der Richter von dieser Befugniß Gebrauch gemacht, so i nunmehr zuvörderst dem Delaten aufzugeben, sich über Annahme ode Relation des Eides zu erklären.

Das Recht, nunmehr noch eine besondere Gewissensvertretung z unternehmen, steht dem Delaten nicht zu, vielmehr muß er sich au

iesen Fall schon bei seiner Gegenbeweisantretung einrichten und die ur Gewissensvertretung zu benennenden Zeugen sofort als Gegenweiszeugen laudiren. Ist die Erhebung dieses Gegenbeweises sodann leichzeitig mit der Aufnahme der Beweise des Probanten erfolgt, so at der Delat sich statt der Gewissensvertretung im gegenwärtigen Stadium des Prozesses nur noch auf das Resultat seines Gegenbeweises pro exoneranda conscientia zu beziehen.

Sollte dagegen im einzelnen Falle die Erhebung des Gegenweises noch ausgesetzt und vorerst nur mit der Erhebung des Beweises des Probanten vorgegangen sein, so würde der Delat mit Recht ie Erhebung seines Gegenbeweises zur Vertretung seines Gewissens fordern dürfen.

Sind die Verhandlungen über Annahme oder Relation des Eides, resp. über die materielle Gewissensvertretung abgeschlossen und hat eine Partei Einwendungen gegen die Eidesnorm, die Erheblichkeit oder Zulässigkeit des Eides vorgebracht, so wird der Eid wirklich abgenommen.

Ergeben sich indeß hinsichtlich des Eides, insbesondere hinsichtlich er Erheblichkeit, der Zulässigkeit, der Norm desselben u. s. w. irgend elche Streitigkeiten, so hat der gemeinrechtliche Richter dieselben durch ine Sentenz zu schlichten.

Ein solches Erkenntniß ist offenbar keine Definitiv-Sentenz, sondern nur eine interlokutorische Entscheidung, indessen doch ein solches Interlokut, von welchem die gemeinrechtliche Doktrin sagt, daß es vim definitivae habeat. denn wenn der nach dem richterlichen Erkenntniß u leistende Eid geschworen wird, so steht das beeidigte Faktum unwiderruflich fest, und in sofern ja nur über relevante Thatsachen Beweis auferlegt und erhoben werden soll, ist die Erhebung dieses Beweises durch den streitigen Schiedseid unzweifelhaft für die definitive Entscheidung präjudizirlich.

Ist aber die richterliche Anordnung, daß der eventuell deferirte Eid überhaupt und resp. in einer bestimmten Norm von der einen oder anderen Partei geschworen werden soll, eine interlocutoria vim definitivae habens. so folgt daraus, daß gegen dieses Erkenntniß auch die Rechtsmittel des gemeinen Prozesses zulässig sein müssen. Es kann also appellirt werden und somit erst judicando die etwa aufgetauchte Streitfrage definitiv zur Erledigung gebracht werden.

B. Der preußische Prozeß.

Unter dem preußischen Prozeß soll hier nicht allein der durch die Allgemeine Gerichtsordnung eingeführte, vielmehr derjenige verstanden werden, welcher

1. für den Geltungsbezirk dieser Allgemeinen Gerichtsordnung auf dieser uud den Verordnungen vom 1. Juni 1833 und 21. Juli 1846,

2. für den Sprengel des Appellationsgerichtes zu Greifswald und des Justizsenates zu Ehrenbreitenstein auf der Verordnung vom 21. Juli 1849,

3. für die nach 1866 neu erworbenen Provinzen mit Ausschluß des vormaligen Königreiches Hannover, sowie der vormaligen freien Stadt Frankfurt und einiger kleiner Gebiete auf der Verordnung vom 24. Juni 1867 beruht.

Der durch diese Verordnungen geschaffene Prozeß stimmt in der hier zu erörternden Frage in den erwähnten Gebieten überein und beruht dort überall auf dem Grundsatze, daß es keine appellabelen Interlokute mehr giebt, sondern daß die Appellation u. s. w. nur gegen Endurtheile stattfindet.

Ist das Streitmaterial gehörig gesammelt, so resolvirt der erkennende Richter auf Erhebung der nach seiner Meinung erforderlichen Beweise; und ebenso wird über die Erhebung oder Ablehnung der angebotenen Beweise nicht erkannt, sondern nur durch Resolute entschieden, und um ja keinen Zweifel über die Natur dieser Resolute aufkommen zu lassen, hat der § 32 der Verordnung vom 24. Juni 1867 (G.-S. S. 893) noch ausdrücklich anerkannt:

„daß der Richter an die dem Beweisresolut zum Grunde liegenden Entscheidungen über die Beweislast, sowie über die Zulässigkeit und Erheblichkeit einer Beweisaufnahme nicht gebunden ist."

Die richterliche Entscheidung ist hiernach also ambulatoria, und — wenn auch nicht behauptet werden soll, daß die Praxis zahllose derartige Fälle aufzuweiseu habe, — so läßt sich doch nicht leugnen, daß im Laufe eines jeden Jahres gar manche demnächst wieder verworfene Beweisresolute erlassen, und daß in Folge derselben recht viele unerhebliche Beweise erhoben; und, soweit dies durch Zeugenvernehmungen geschieht, recht viele unnütze Eide geschworen werden.

Auch im weiteren Verlaufe stimmt das Verfahren nach den verschiedenen Verordnungen derartig überein, daß es gestattet sein wird,

in der Folge nur eine der Verordnungen zu zitiren, und wir wählen hierzu die vom 21. Juli 1849. Nur eine Bemerkung muß noch vorausgeschickt werden.

Da die Gerichtsordnung für die preußischen Staaten in Verbindung mit den Verordnungen von 1833 und 1846 die Parteien verpflichtet, ihre Beweismittel in den Schriftsätzen und spätestens in der Audienz vorzubringen, so ist in den Gebieten dieser Gesetze ein eigentliches Beweisresolut, d. h. die Fixirung eines Beweissatzes nicht indicirt, vielmehr erscheint der Beschluß der Gerichtes, daß diese oder jene Beweise erhoben werden sollen, als eine Anordnung über die Erhebung der bereits angetretenen Beweise, — Beweis-Erhebungs-Resolut.

In den übrigen Landestheilen wird indeß zunächst ein Beweisresolut erlassen, um die Beweislast zu ordnen; und nachdem die beweispflichtige Partei ihre Beweise angetreten, folgt nunmehr erst das Beweis-Erhebungs-Resolut: der sogenannte Relevanzbescheid.

Soll hiernach, i. e. nach diesem Resolute, ein Eid geleistet werden, so verordnet die neuere preuß. Gesetzgebung nichts weiter, als daß er mit Ausnahme schleuniger Fälle erst nach Ablauf einer achttägigen Frist geschworen werde, und trifft zugleich Bestimmungen über den Ort der Eidesleistung.

Nur Zeit und Ort der Eidesleistung, aber nichts weiter ist von den neueren Verordnungen besonders geregelt. (Vrdg. vom 1. Juni 1833 §§ 31, 32; Vrdg. v. 21. Juli 1849 § 33; Vrdg. v. 24. Juni 1867 § 33.)

Indem der folgende Paragraph mit den Worten beginnt:

„soll eine andere Beweisaufnahme erfolgen u. s. w."

bezeichnet er die Erhebung eines Eides unzweifelhaft lediglich als einen Akt der Beweisaufnahme, wie solches auch schon im § 30 a. a. O. dadurch geschehen war, daß der Eid unter den von der beweispflichtigen Partei anzugebenden Beweismitteln aufgeführt ist.

Wird hiernach der Eid als ein Beweismittel bezeichnet und die Abnahme des Eides als ein Akt der Beweisaufnahme angesehen, so folgt daraus, daß die hierauf bezüglichen Anordnuugen gleich wie bei den sonstigen Beweismitteln durch Resolutionen zu treffen sind.

Das erkennt auch der § 33 cit. an, indem er Bestimmung darüber trifft, wann und wo ein Eid, auf dessen Abnahme resolvirt ist, erhoben werden soll; und was hiernach für den Fall richtig ist, wo

der Eid principaliter deferirt worden, muß auch in dem Falle gelten, wo der Eid nur eventuell zugeschoben war, da der eventuelle Eid ebenso wie der prinzipale ein Beweismittel ist.

Es wird dies um so weniger bedenklich erscheinen, wenn man sich stets vergegenwärtigt, daß die eventuelle Eidesdelation erst dann wirksam wird, wenn durch die principaliter angebotenen Beweismittel des Probanten nichts erwiesen ist. Dann, aber auch nur dann, hat der erkennende Richter auf Erhebung des eventuellen Beweismittels, nämlich des Eides, zu resolviren.

Daß nur der erkennende Richter zum Erlaß des Resolutes: „daß der eventuell zugeschobene und angenommene Eid in der Instanz abgenommen werden solle," allein berechtigt und verpflichtet ist, folgt nicht nur aus dem Geiste der neueren Gesetze, welche nach beendigtem Schriftwechsel als Regel nur noch eine mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Richter statuiren; sondern ergiebt sich auch aus dem Wortlaute jener Gesetze, welche diese Resolution unzweifelhaft als ein Attribut des erkennenden Richters bezeichnen.

Wenn der § 30 der Vrdg. v. 1. Juni 1833 verordnet:

„Ist eine Beweisaufnahme erforderlich, so muß dieselbe durch eine sofort — in der Audienz — abzufassende Resolution verfügt werden",

so ist hier zweifellos von einer Resolution des erkennenden Richters die Rede, und wenn der sich hieran anschließende § 31 mit den Worten beginnt:

„Soll hiernach ein Eid geleistet werden u. s. w.",

so kann mit dem „hiernach" nur jenes Resolut des erkennenden Richters gemeint sein.

Ganz ebenso stellt sich die Sache nach den Paragraphen 32 und 33 der Verordnung vom 21. Juli 1849; und die Verordnung vom 24. Juni 1867 erwähnt im § 32 zunächst das den erkennenden Richter nicht bindende Beweisresolut und spricht dann im § 33 von dem Falle, wo nach dem Beweisresolute von einer Partei ein Eid geleistet werden soll, womit unzweideutig zu erkennen gegeben wird, daß auch der Erlaß des die Erhebung eines Eides anordnenden Resolutes zu den Funktionen des erkennenden Richters gehört.

Wenn aber der erkennende Richter an sein Resolut nicht gebunden ist, so liegt darin ja die Möglichkeit, daß auf seine Anord-

nung im Laufe der Instanz ein demnächst für unerheblich erachteter, also überflüssiger Eid erhoben und geschworen werde!

Das läßt sich allerdings nicht leugnen. — Allein ist es denn schlimmer, unnütze Partei-Eide abzunehmen als unnütze Zeugeneide schwören zu lassen? — Gewiß nicht.

Hat die Gesetzgebung sich einmal auf den Standpunkt gestellt, daß die Beweiserhebung lediglich nach den nicht bindenden Beschlüssen oder Resolutionen des erkennenden Richters zu erfolgen habe, so darf sie auch vor den Konsequenzen eines solchen Prinzipes nicht zurückschrecken; und daß sie es nicht thut, kann wohl nirgends klarer ausgesprochen sein als in den Paragraphen 32 und 33 der Verordnung vom 24. Juni 1867.

Nachdem der § 32 cit. die nicht bindende Kraft des Beweisresolutes und der Resolute über die Zulässigkeit und Erheblichkeit der Beweisaufnahme auf das Schärfste hervorgehoben und gesetzlich fixirt hat, beginnt der § 33 mit den Worten:

„Soll nach dem Beweisresolute . . . ein Eid geleistet werden u. s. w."

um mit gleicher Schärfe die Möglichkeit der Erhebung eines später unnöthig erscheinenden Eides im Prinzipe anzuerkennen.

Wie steht es nun aber, wenn eine oder beide Parteien über die Erheblichkeit der zu beschwörenden Thatsache, die Eidesnorm oder die Person des Schwörenden anderer Ansicht sind als der Richter, oder wenn sie den Anspruch erheben, daß der Eid zum Erkenntniß gestellt werde?

Wir betrachten zunächst den ersteren Fall, daß nämlich von der einen oder anderen Seite oder von beiden Theilen Bedenken über die Erheblichkeit der zu beschwörenden Thatsache oder über die Eidesnorm, oder über die Person des Schwörenden erhoben werden.

Nach den bisherigen Ausführungen erscheint die Antwort nicht schwierig.

Wenn der erkennende Richter das Beweisresolut und demnächst auch den Beweiserhebungsbeschluß zu erlassen hat, so beruhen diese gesetzlichen Bestimmungen auf dem Rechtsgrundsatze: „Judici fit probatio", dem Richter steht es zu, zu entscheiden, über welche Thatsachen er Beweis verlangen muß; und dem Richter gebührt auch die Entscheidung darüber, welche von den angebotenen Beweismitteln ihm geeignet erscheinen, sich die nöthige Ueberzeugung von der Wahrheit der Unwahrheit der streitigen und erheblichen Thatsachen zu verschaffen.

Die Ueberzeugung der Parteien ist in dieser Beziehung bedeutungslos, denn weder der Kläger, noch der Beklagte, sondern der Richter soll den Streit entscheiden; und wie Niemand daran zweifelt, daß Zeugen- oder Urkundenbeweis auch troß des Protestes der Parteien lediglich nach Maßgabe der Resolution des erkennenden Richters zu erheben sind, so unterliegt es auch keinem Bedenken, den als Beweismittel behandelten Eid nach gleichen Grundsätzen zu behandeln.

Sollte aber nicht etwa der Umstand, daß der Eid nur eventuell zugeschoben war, hier ein anderes Prozedere gebieten? Wir glauben: nein.

Man erinnere sich zunächst nur wiederum daran, daß der eventuell zugeschobene Eid überhaupt nur dann wirksam wird, wenn durch die principaliter angebotenen und erhobenen Beweise nichts bewiesen ist; und es wird sofort einleuchten, daß in solchem Falle der bisher eventuell zugeschobene Eid nothwendig ganz ebenso behandelt werden muß, wie derjenige Eid, der von vorne herein definitiv zugeschoben war, denn nach Wegfall der principaliter benutzten Beweismittel bleibt eben als einziges Beweismittel nur noch der Eid übrig, und der Richter hat deshalb zur Erhebung dieses Beweises zu schreiten.

Denkbar ist nun aber der Fall — und derselbe kommt in der Praxis gar nicht selten vor —, daß der Richter den prinzipalen Beweis für völlig mißlungen erachtet, während die Partei anderer Ansicht ist und doch etwas Beweis erbracht zu haben vermeint; und noch häufiger ereignet es sich, daß der Probant wohl selber erkennt, wie sein sonstiger Beweis mißlungen und es deshalb geboten sei, auf den eventuellen Eid zurück zu greifen, nichts destoweniger aber der Erhebung dieses Eides in der Instanz widerspricht, hoffend, daß er in einer höheren Instanz vielleicht noch andere Beweismittel zu beschaffen im Stande sein könnte.

In beiden Fällen liegt, wenn die betreffende Partei diese ihre Ansicht dem Richter kund thut, darin ein Protest des Probanten gegen die Erhebung des nur eventuell angebotenen Beweises, nud es bedarf einer speziellen Erörterung der Frage, wie sich der Richter diesem Proteste gegenüber zu verhalten habe?

Wenn der Richter eine Beweisantretung, worin neben prinzipalen Beweismitteln eventuell auch der Eid angetragen ist, dem Gegner zur Erklärung mittheilt, so haben wir schon oben bemerkt, daß er befugt sei, zunächst von einer Erklärung über den eventuellen Eid Abstand

zu nehmen, weil die Instruktion dieses eventuellen Beweismittels begriffsmäßig erst nach Erhebung des prinzipalen Beweises erfolgen kann.

Ist aber schon gleich Anfangs eine Erklärung über den eventuellen Eid erfordert und abgegeben, so kann diese Erklärung begriffsmäßig eben nur den Sinn haben, daß der Eid für den Fall, daß der prinzipale Beweis nichts ergebe, angenommen oder referirt sein solle.

Diese Erklärung ist also auch eine bedingte und wird erst dann zu einer unbedingten, wenn jenes Nichts-Bewiesen-Sein eingetreten ist. Es liegt somit weder eine unbedingte Delation, noch eine unbedingte Acceptation des Eides vor, und deshalb können die über den Widerruf deferirter und acceptirter Eide bestehenden Vorschriften in diesem Falle nicht Platz greifen.

Protestirt nur der Probant gegen die Erhebung des eventuell deferirten und acceptirten Eides, so liegt darin von seiner Seite eine doppelte Erklärung:

1. Er will nicht, daß in der gegenwärtigen Instanz die Entscheidung von dem eventuell zur Hand genommenen Beweismittel abhängig gemacht werde, und

2. er verlangt andererseits, daß der Richter über das Resultat der bisher erhobenen Beweise erkenne und dieses Resultat seiner Entscheidung zum Grunde lege.

Da nun nicht schon die Beweisantretung, sondern erst die wirkliche Benutzung der produzirten Beweismittel die letzteren gemeinschaftlich macht, so kann unzweifelhaft jede Partei ein noch nicht benutztes Beweismittel fallen lassen, und es muß deshalb auch dem Probanten nachgegeben werden, wenn er erklärt, daß er die Entscheidung nicht von dem eventuell benutzten Eide abhängig machen wolle. In Folge jener Erklärung und jenes Protestes fällt also der eventuelle Eid fort und der Richter ist somit gezwungen, dem zweiten Verlangen des Probanten zu folgen, mithin lediglich nach Maßgabe der erfolgten Beweisaufnahme zu erkennen.

Kann nun aber die Partei nicht auch weiter verlangen, daß auf den Eid erkannt werde?

Wir glauben: nein; und zwar aus dem einfachen Grunde, weil man damit der Partei gegen den Sinn und Geist unserer neueren Gesetzgebung die Befugniß einräumen würde, zu fordern, daß auf die Erhebung eines Beweises erkannt werde.

Die sämmtlichen neueren preußischen Gesetze behandeln den Eid, mag er principaliter oder eventuell deferirt sein, formell lediglich als ein Beweismittel und weisen die Beschlüsse über Erhebung oder Nichterhebung aller Beweismittel in das Gebiet der Resolutionen. So ungeheuerlich jedem Praktiker das Verlangen erscheinen würde, der Richter solle darüber erkennen, ob dieser oder jener Zeuge zu vernehmen sei, grade so unerhört ist auch die Forderung, daß auf Erhebung eines deferirten Eides erkannt werden solle, wenngleich dieser Anspruch oft genug erhoben wird. Ein Willfahren in dieser Beziehung würde eine Rückkehr zu appellabelen Beweisresoluten enthalten, welche ein für alle Male aus unserer neueren Gesetzgebung verbannt sind. Nur auf nothwendige Eide darf heutzutage von unseren Gerichten erkannt werden.

Eine konsequente Durchführung der vertheidigten Ansicht wird sicherlich einen wohlthätigen Einfluß auf unsere Prozeßpraxis üben, da sie den Parteien zumuthet, nach Erhebung der prinzipalen Beweise selber das Resultat der Zeugenaussagen und der Urkunden genau zu prüfen, und da sie dem mit den eventuellen Eiden vielfach getriebenen Mißbrauche gar sehr zu steuern geeignet erscheint.

Ueber Gestaltung des ehelichen Güterrechts im künftigen bürgerlichen Gesetzbuche für Deutschland.

Von Herrn Franz v. Godin, königl. bayer. Notar zu Aibling.

In der Allgemeinen Zeitung (Beilage Nr. 18 und im Hauptblatte Nr. 19) wurden vor Kurzem die für den Juristen, wie Laien, wichtigen Fragen aufgeworfen, (Aufsatz von Appellat.-Ger.-Rath Binding) ob es möglich sei, im künftigen bürgerlichen Gesetzbuche für Deutschland das eheliche Güterrecht einheitlich und befriedigend zu ordnen, und welcher gesetzliche Güterstand hierbei zu wählen sei, wobei die erste Frage mit Recht bejaht, in der zweiten Hinsicht aber der Errungenschaftsgemeinschaft das Wort geredet, und die allgemeine eheliche Gütergemeinschaft verworfen wird.

Möge es gestattet sein, diesen letzteren Ausführungen einige Bemerkungen gegenüberzustellen.

Vor Allem scheint es nöthig, den Begriff des „gesetzlichen Güterstandes" der Ehegatten etwas näher ins Auge zu fassen.

Der gesetzliche Güterstand der Ehegatten ist der Gegensatz des vertragsmäßigen, das ist durch ausdrückliche Willenserklärung der Ehegatten vereinbarten Güterstandes.

Wenn aber der vertragsmäßige Güterstand jene Ordnung der Vermögensverhältnisse von Eheleuten ist, welche auf ausgesprochenem Willen derselben beruht, so kann der gesetzliche Güterstand nur jene Ordnung sein, welche aus dem unausgesprochenen, also stillschweigend vermutheten Willen derselben abgeleitet wird.

Daher ist der gesetzliche Güterstand nichts Anderes als eine mehr oder minder ins Einzelne gehende Muthmaßung des Gesetzgebers darüber, was wohl Ehegatten, welche ihre Verhältnisse nicht ausdrücklich geordnet haben, stillschweigend bezüglich ihres Vermögens gewollt haben mögen.

Eine augenfällige Analogie für obigen, in den Rechten zwar schlummernden, weil unverwischbaren, aber meist ungenügend festgehal-

tenen und ausgebildeten Gegensatz bildet das Erbrecht, insofern es in die gesetzliche Erbfolgeordnung und das durch den Willen des Erblassers geordnete Erbrecht — Testaments- und Vertragserbrecht — zerfällt.

Genau das, was Testament und Erbvertrag im Erbrechte gegenüber der gesetzlichen Erbfolgeordnung sind, nämlich der ausdrücklich erklärte und deshalb in erster Linie entscheidende Wille, gegenüber dem bloß vermutheten und deshalb nur aushilfsweise zur Geltung kommenden Willen, das ist im ehelichen Güterrechte der Ehevertrag im Verhältnisse zum gesetzlichen Güterstande.

Wie überflüssig klar aber auch diese Unterscheidung scheinen mag, so ist doch ihre Hervorhebung ebenso nöthig als fruchtbar.

Sie ist nöthig:

Denn wenn es in einem unseres Wissens unter den Auspizien des baierischen Justizministeriums entworfenen, und vielfach sehr gut gedachten Güterrechte der Eheleute – Entwurf eines Gesetzes über das eheliche Güterrecht auf Grund der bayerischen Statutarrechte von Dr. Otto Freih. v. Völderndorff. (Erlangen, Verlag von Palm und Enke, 1873) — im Art. 1 heißt:

„Eheleute leben entweder im Güterstande des gesonderten Vermögens oder in Gütergemeinschaft",

und im Art. 2:

„Eheleute können durch Vertrag im Allgemeinen erklären, daß sie dem einen oder anderen Güterstande sich unterwerfen wollen",

wenn ferner auch in den besten Rechtshandbüchern der vertragslose und der auf Vertrag beruhende Zustand zu keinem Eintheilungsgrunde des Systems herausgearbeitet sind, so gewinnt es wenigstens den Anschein, als ob jener Gegensatz nicht allenthalben in ganzer Schärfe festgehalten wäre, mag er auch unwillkürlich immer wieder durchbrechen, wie z. B. in obigem Entwurfe, dessen Art. 7 lautet:

„Sind unter den Ehegatten keine Eheverträge abgeschlossen worden, oder ist aus denselben nicht mit Sicherheit zu erkennen, daß die Ehegatten in Gütergemeinschaft leben wollen, so bleiben sie dem Güterstande des gesonderten Vermögens, wie ihn das Gesetz regelt, unterworfen."

Denn es ist fehlerhaft, nur zwei bestimmte Güterstände, mögen sie auch wie der der Gütergemeinschaft und der des gesonderten Vermögens zwei Hauptarten bezeichnen, sich als die ausschließlichen gegenüberzustellen, da vielmehr der wahre Pol und Gegenpol einerseits in dem

vermutheten oder gesetzlichen Güterstande, andererseits in der unbestimmten Möglichkeit besteht, durch vertragsmäßige Willkür von dem, was gesetzlich vermuthet wird, mehr oder weniger abzuweichen. Daher scheint der erste Satz jedes ehelichen Güterrechts etwa folgendermaßen lauten zu müssen:

„Eheleute, welche ihren Güterstand nicht vertragsmäßig geordnet haben, leben in — (hier nun wäre der Ausdruck einzusetzen, welcher in Kürze den gemuthmaßten Güterstand bezeichnet).

Wie Eheleute durch Vertrag „im Allgemeinen" sollten erklären können, daß sie dem einen oder anderen von zwei Güterständen sich unterwerfen wollen, ist rein unerfindlich.

Es wäre dies nicht viel anders, als wenn Jemand „im Allgemeinen" erklären wollte, daß er zu testiren wünsche, da diese Erklärung — Alles Uebrige unbestimmt lassend — nur besagt: „Ich habe die Empfindung, daß es mit meinem Vermögen nach meinem Tode anders gehen sollte, als es gehen würde, wenn ich Nichts verordne", wobei die Frage unvermeidlich wird, ob denn der Testator auch wisse, wie es ohne Testament gehen werde, das heißt, ob es überhaupt nöthig ist, zu testiren.

Man werfe hier nicht ein, zum Testiren könne der Staat Niemanden zwingen, weßhalb ihm, abgesehen davon, daß auch Personen sterben, welche ein Testament nicht errichten können, das Intestaterbrecht ein Nothbehelf sei, während sich von Eheleuten ein Ehevertragsabschluß erzwingen lasse.

Denn allerdings könnte der Staat die Gültigkeit des Eheabschlusses von einer vorgängigen Erklärung über die Wahl eines Güterrechts abhängig machen.

Aber bei näherem Zusehen zerfließt dieser leere Schein.

Denn unmöglich läßt sich aus dem richtigen Obersatze: „Die Vermögensverhältnisse von Ehegatten bedürfen einer Regelung," der Schluß ableiten, daß sie nur durch die Eheleute selbst, oder daß sie nur durch den Staat geordnet werden können.

Vielmehr ergiebt sich auch hier, wie für die meisten Gebiete des Civilrechts, die Regel, daß in erster Linie die freie Willkür der Personen entscheidet, und daß, wo diese fehlt, das Gesetz ergänzend eintritt.

Sollte sich hiernach jedes eheliche Güterrecht scharf in zwei Abschnitte mit den Ueberschriften gliedern: „Vom gesetzlichen Güterstande" und „Von Eheverträgen", wobei wohl der erste vorauszugehen, der

letztere nachzufolgen hat, und dieser wieder, was in Eheverträgen verb[...]ten, das ist der Privatwillkür entzogen sei, vorauszuschicken haben wir, so erhellt auch, daß vor einem Tadel wenigstens der gesetzliche Güterstand, schon seinem Begriffe nach, sicher ist, vor dem Tadel nämlich der ausdrücklichen Zustimmung der Betheiligten zu entbehren.

Denn der gesetzliche Güterstand wartet ja so zu sagen nur auf seine Abänderung durch den Ehevertrag.

Wie kann man es daher mit dem Verfasser des Eingangs erwähnten Aufsatzes dem System der allgemeinen Gütergemeinschaft zum Vorwurfe machen, daß es das beiderseitige Gut in eine Masse zusammenwirft, gleichgültig, ob die Genossen zustimmen oder nicht?

Denn es liegt doch bei Erhebung der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft zum gesetzlichen Güterstande nicht etwa in den Begriffen, daß sie durch Vertrag nicht ausgeschlossen werden kann.

Aber auch positiv fruchtbar ist die bisher betonte Unterscheidung und Begriffsbestimmung.

Der gesetzliche Güterstand wurde eine Vermuthung genannt. Eine Vermuthung muß so einfach sein als möglich; je verwickelter sie ist, um so größer die Gefahr, daß sie nicht das Richtige trifft. Mit Recht sucht daher der geehrte Einsender des mehrerwähnten Aufsatzes die Errungenschaftsgemeinschaft dadurch zu empfehlen, daß er sie das in Wahrheit, die allgemeine Gütergemeinschaft das nur scheinbar Einfachere nennt. Aber er schuldet den Beweis.

Die allgemeine Gütergemeinschaft scheint nicht nur, sie ist das einfachere System. Denn wenn es eine nur einfache Feststellung ist, beim Schlusse der allgemeinen Gütergemeinschaft zu ermitteln, was an Vermögen vorhanden ist, so ist es eine doppelte Feststellung, beim Schlusse der Errungenschaftsgemeinschaft zu erheben, was beim Beginne der Ehe vorhanden war, und was beim Schlusse der Ehe vorhanden ist.

Und wenn es verhältnißmäßig leicht ist, auch einen noch so mannigfaltig zusammengesetzten Vermögensstand herzustellen, wie er augenblicklich liegt, so ist es verhältnißmäßig schwer, auch einen wenig zusammengesetzten Vermögensstand herzustellen, wie er vor Jahren lag, wenn das ursprüngliche Vermögen nicht oder nicht sorgfältig schon früher verzeichnet wurde. Denn ohne Rücksicht auf seine Herkunft dient thatsächlich während der Ehe das beiderseitige Vermögen der Ehegatten ihren Bedürfnissen und denen der Kinder, und wechselt hierbei sehr häufig die Form, indem diese der Wirthschaft angepaßt wird, auf welcher das

eben der bestimmten Familie beruht, z. B. beim Bauern der Guts-wirthschaftung, beim Bürger dem Gewerbsbetriebe.

In dieser Noth hat das bayrische Landrecht die unbarmherzige Vermuthung aufgestellt: „Wird im Zweifel allzeit vermuthet, daß das Gut mehr dem Manne als der Frau eigen sei," was, weil die Beweislast verrückt wird, zwar ein Ausweg ist, aber ein so unbilliger, daß ihn auch, wer im Manne das erwerbende Prinzip zu betonen geneigt ist, kaum willkommen heißen kann.

Wer aber vor dem Eheabschlusse ein Vermögensverzeichniß urgirt, giebt hiermit nicht nur zu, daß er behufs der Regelung der Sache etwas bedarf, was bei einer anders gearteten Ordnung entbehrlich ist, sondern gleicht auch Demjenigen, welcher, um zu wissen, nach welcher Ordnung Eheleute leben wollen, irgend eine positive Erklärungsabgabe erzwingt, das heißt, er will etwas erpressen, wozu ihm, wenn nicht die Befugniß, so doch die wahre Macht fehlt. Und wollte man endlich vermuthen, daß alles vorhandene Vermögen, woran weder der Ehemann, noch die Ehefrau Besitzrecht vor Abschluß der Ehe nachweisen können, gemeinsam sei, so hat man eigentlich schon verzweifelt, Eigenthumsverhältnisse von Ehegatten auseinanderhalten zu können, von welchem Satze das System der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft ausgeht.

Weiter ergiebt sich aus dem Bisherigen der Satz, daß die Absicht des Gesetzgebers bei Aufstellung eines gesetzlichen Güterstandes dahin geht, das Richtige für die Mehrzahl der Betheiligten, und zwar für die Mehrzahl schlechthin, nicht etwa für die Mehrzahl der ihm etwa am wichtigsten dünkenden Klasse zu treffen.

Denn so gewiß es der Triumph einer gesetzlichen Erbfolgeordnung ist, wenn sich ein geringes Bedürfniß zeigt, sie durch Testament oder Erbvertrag abzuändern, so gewiß ist es ein Lob für den gesetzlichen Güterstand eines Rechtssystems, wenn wenig Eheverträge geschlossen werden, so daß man sich versucht fühlt, zu fragen, unter der Herrschaft welchen Güterstandes wohl die wenigsten Eheverträge geschlossen werden mögen?

Da aber hier eine Antwort in Zahlen versagt, so sollen bei Wahl des gesetzlichen Güterstandes die Klassen der Gesellschaft in aufsteigender Ordnung hierorts um ihre Abstimmung gleichsam befragt werden.

Da scheint nun zunächst die wohl zahlreichste Klasse der auf Lohnerwerb, und zwar vielfach auf beiderseitigen Lohnerwerb gestellten Eheleute, das Gros der Lohnarbeiter in Fabriken in Gewerben und

Landwirthschaft, im Bergbau und im Frachtgeschäft, der kleinen Gewerbsleute, der niederen Bediensteten in den Kanzleien des Staats und der Korporationen, der Häusler und Kleingütler mit Grund zu sagen, daß ihr beiderseitig zusammengebrachtes Vermögen an sich unbedeutend sei, als daß es sich verlohne, es auseinander zu halten, weil sie im Wesentlichen auf Erwerb, auf künftiges Vermögen gestellt seien, weßhalb es ihnen entspreche, wenn für die consequentere allgemeine Gütergemeinschaft durchgegriffen, oder mit andern Worten die Minderheit, bei welcher die obigen Voraussetzungen nicht zutreffen, auf den Ehevertrag verwiesen werde.

Die Mittelklasse, das heißt die Klasse, bei welcher der Besitz neben dem Erwerbe aus Arbeit nicht verschwindet, so daß sich vergangener und gegenwärtiger Erwerb — Kapital und Arbeit — gleichsam die Wage halten, also das Gros des mittleren Bürger- und des Bauernstandes, des niederen Adels, des mittleren Beamtenstandes wird die Doppelerwägung anstellen:

1, daß innerhalb des Mittelstandes die Gleichheit des beiderseits zusammengebrachten Vermögens die Regel bilde, weil Söhne und Töchter sich ins elterliche Vermögen gleichheitlich theilen, und weder der reiche Mann die arme Braut, noch das reiche Mädchen den armen Mann zu wählen pflege,

2, daß auch, wo ausnahmsweise Ungleichheit herrscht, diese gemildert werde, weil bei dem, auch noch in der Mittelklasse vorherrschend werbenden, Charakter der Wirthschaft, die persönliche Seite immer noch mehr als die sachliche entscheide.

Auch die Mittelklasse also wird es billigen, wenn vom Ursprung der Güter vermuthungsweise abgesehen, und die Minderzahl, bei der die zur Regel führenden Erwägungen nicht zutreffen, auf den Ehevertrag verwiesen wird.

Schon aus dem Bisherigen erhellt, daß die social höchst gestellte der Klasse der oberen Zehntausend, die Klasse der Rentiers, Finanz-Barone, der gutsbesitzende Adel, kurz die Klasse, in welcher der vergangene Erwerb, das Kapital überwiegt, und in der deßhalb die größten Vermögensungleichheiten zwischen Mann und Frau möglich sind, und wirklich vorkommen, gegen die allgemeine Gütergemeinschaft plädiren wird. Aber auch gegen die Errungenschaftsgemeinschaft wird diese Klasse plädiren, und jedenfalls ist diese Klasse in der Minderzahl und wird als solche schon deshalb, und nicht minder wegen der Wichtigkeit und

Mannigfaltigkeit ihrer in Rede stehenden Interessen mit Fug auf eine ausdrückliche, von ihnen selbst durchgedachte Ordnung ihrer Vermögensverhältnisse, auf den Ehevertrag, gerade dadurch hingedrängt, weil ihnen die Vermuthung für Vermischung des Vermögens widerstreben wird.

Es ist gleichsam ein Fingerzeig zu Gunsten der allgemeinen ehelichen Gütergemeinschaft, daß gerade die höchste Klasse, welche zu Fideicommissen und Abweichungen von der gemeinen Erbfolgeordnung neigt, während die anderen Klassen am gemeinen Rechte halten, der allgemeinen Gütergemeinschaft widerstrebt, weil sich hiermit der Rückschluß ergiebt, daß, was sich am wenigsten für die social höchste Klasse eigne, am besten den anderen Klassen entspreche.

Wenn es im mehrerwähnten Aufsatze heißt, die volle Verschiedenheit der Ehegatten müsse unversehrt bleiben, und zu den Beschiedenheiten der Ehegatten gehörten nicht nur die persönlichen, sondern auch die sachlichen des Vermögens, so scheint dies petitio principii zu sein.

Wurde im Bisherigen die allgemeine Gütergemeinschaft zunächst nur allgemein als eine Abstraction vom Ursprunge des Vermögens gekennzeichnet, so handelt es sich im Ferneren um eine mehr ins Einzelne gehende Darlegung.

Ehegatten, welche in allgemeiner Gütergemeinschaft leben, sind Miteigenthümer, deren Eigenthum sich von anderem Miteigenthum dadurch unterscheidet, daß die Ehe unauflöslich auf Lebenszeit gemeint ist.

Daraus folgt, daß regelmäßig bei Lebzeiten beider Ehegatten kein Theil auf Theilung klagen kann, nicht aber, daß auch nicht nach dem Tode des einen Ehegatten gegen den überlebenden Ehetheil auf Theilung geklagt werden kann. Die allgemeine Gütergemeinschaft ist ein Miteigenthum am gesammten Vermögen und muß daher alles Vermögen, Liegenschaft wie Fahrniß, ergreifen.

Aber darum muß es sie noch nicht auf ganz gleiche Weise ergreifen.

Der Besitz der Fahrniß, welcher sich in den Händen beider Eheleute, so lange sie ledig sind und getrennt wohnen, gesondert findet, wird schwankend, sobald sie sich verehelichen und zusammen wohnen. Also scheint die Gemeinschaft an Fahrniß mit Eingehung der Ehe sofort und von Rechtswegen eintreten zu müssen.

Dagegen das auf Namen des einzelnen Ehegatten gesondert gebuchte Vermögen, insbesondere Liegenschaften und Hypotheken scheinen nicht sofort mit dem Eheschlusse von der Gemeinschaft ergriffen werden

zu müssen, wenigstens im Verkehre mit Dritten nicht, wenn auch im Verhältnisse des einen Ehegatten zum Andern.

Oder mit anderen Worten:

Es scheint vollkommen zu genügen, wenn jeder Ehegenosse als solcher, also in Kraft der Notorietät des Eheschlusses oder unter Vorzeigung des Trauscheines befugt ist, das auf den Ehegenossen gebuchte Vermögen auf sich zu Miteigenthum buchen zu lassen, während dem Dritten gegenüber, solange nicht zu Miteigenthum gebucht ist, ganz wohl das ursprüngliche Eigenthumsverhältniß fortwirken kann.

Denn ganz gewiß scheint der Dritte, wenn der Ehegenosse nicht für Buchung seines Mitrechtes Sorge trug, kraft des Buches, auch wenn er um die Ehe weiß, annehmen zu dürfen, daß der Ehegenosse dem alten Eigenthümer freie und alleinige Hand im Verkehre lassen wollte.

Hiermit aber scheint ebensowohl dem Gedanken der Gemeinschaft, als dem an sich gleichen Range der Genossen, als dem öffentlichen Charakter des Buches volle Rechnung getragen zu sein. Wenn der Gedanke der Gütergemeinschaft darauf beruht, daß es oft unmöglich ist, das Eigenthum von Eheleuten auseinanderzuhalten, so scheint es kein Widerspruch zu sein, wenn Sonderung des Gutes zugelassen wird, insofern sich die Sonderung objektiv im Gute selbst vermöge seiner nur für männlichen oder nur für weiblichen Gebrauch geeigneten Beschaffenheit ausspricht. Es scheint also kein Widerspruch, Mannsfahrniß und Frauenhabe von der Gemeinschaft auszunehmen. Soweit nicht schon im Bisherigen anerkannt ist, daß unter Umständen der Mann wie die Frau über Vermögen allein verfügen, also insbesondere an Dritte Vermögen allein veräußern können, scheinen drei Klassen von Vermögensbestandtheilen oder drei Fälle von Veräußerungen unterschieden werden zu müssen:

1) Veräußerung eines Vermögensstückes, welches in Vollzug der Gütergemeinschaft auf beide Ehegatten gemeinsam gebucht ist.

   Ueber solches Vermögen scheinen auch nur beide Ehegatten gemeinsam verfügen zu können.

2) Veräußerung solchen Vermögens, welches der Hausfrau als solcher unterstellt ist, z. B. in der bäuerlichen Wirthschaft die kleineren Erzeugnisse des Gutes.

   Hier scheint die Vermuthung gerechtfertigt, daß die Frau auch ohne den Mann veräußern kann.

3) in solche Veräußerungen, deren Gegenstand dem Hausvater als solchem unterstellt ist, z. B. in der bäuerlichen Wirthschaft der Viehstand, die Haupterndte, das Holz der Waldung, die Baumannsfahrniß.

Hier scheint die Vermuthung gerechtfertigt, daß der Mann auch ohne die Frau veräußern könne, und die weitere Vermuthung, daß zu diesem Vermögen Alles gehört, was nicht auf beide Eheleute gebucht ist, oder wie z. B. eine Currentdarlehnsforderung, welche als ursprünglichen Gläubiger ausschließlich die Frau oder beide Eheleute nennt, verräth, daß die Frau bei der Cession beizuziehen ist. Anlangend die Haftung für voreheliche Schulden, so scheinen Eheleute, welche die Mithaftung und zwar solidarische Mithaftung abzulehnen wünschen, mit Recht auf einen Ehevertragsabschluß verwiesen zu werden.

Bezüglich der Haftung für während der Ehe eingegangene Schulden versteht sich zunächst von selbst, daß wenn beide Eheleute gemeinsam contrahiren, auch gemeinsame Haftung eintritt.

Nur wird es eine berechtigte Vermuthung sein, welche aber ihren richtigen Platz im Obligationenrechte, nicht im ehelichen Güterrechte, oder wenn doch in diesem, dann in einem allgemeinen Theile, weder beim gesetzlichen Güterstande, noch bei den Eheverträgen findet, daß, wenn Eheleute gemeinsam contrahiren, und nicht das Gegentheil bedingen, sie solidarisch, und nicht zu gleichen Theilen haften.

Sodann wird es für den Dritten, welcher mit der Ehefrau contrahirt, nur dann eine gesetzliche Zuvielzumuthung sein, sich der eheherrlichen Zustimmung zu versichern, wenn sie sofort baar bezahlt, nicht aber wenn sie schuldig bleibt, oder vollends, wenn sie einen einseitigen Kontrakt eingehen, z. B. ein Darlehen aufnehmen will.

Hingegen wird es für den Dritten, welcher mit dem Ehemanne contrahirt, unter allen Umständen, also auch, wenn dieser schuldig bleibt, eine Zuvielzumuthung sein, sich auch der ehefraulichen Zustimmung vergewissern zu sollen.

Hiermit ist Vermögensgefährdung der Ehefrau durch den Ehemann zugelassen, aber eine richtig durch das Rechtssprichwort gewürdigte: Wem ich meinen Leib gönne, dem gönne ich auch mein Gut.

Nur folgt auch hier wieder nicht, daß die Gefährdung der Ehefrau rechtlich eine ganz unbegrenzte sein müsse.

Denn recht wohl kann der Ehefrau zugestanden werden, auf Thei-

lung zu klagen, sobald das bis zum Vermögensrückgang vorhandene Gesammtvermögen auf seine Werthshälfte geschwunden ist.

Anlangend den vertragsmäßigen Güterstand, so dürfte vor Allem authentische Form und Abänderbarkeit zwingend zu verordnen sein.

Verbote dürften sich empfehlen, gegen einen Verzicht der Ehefrau auf das ihr aus dem Vermögensrückgang erwachsende Theilungsrecht, gegen einen Verzicht der Ehefrau auf Verwaltung und Eigenthum an der Frauenhabe, gegen Abänderung des Halbirungsverhältnisses auf eine andere Quote bei allgemeiner ehelicher Gütergemeinschaft, gegen Abänderung der Bestimmung, daß nur beide Ehetheile verfügen können, sofern Vermögen auf beider Namen gebucht ist, gegen die allgemeine Uebereinkunft, daß nach ausländischem Gesetze oder früherem Partikular, Statutar oder Gewohnheitsrechte geurtheilt werden solle.

Daß, wenn in einem Ehevertrage die Mithaftung der Ehefrau für in der Ehe contrahirte Schulden an ihre Mitwirkung geknüpft ist, dies dem Dritten, welcher mit dem Ehemanne ohne die Ehefrau contrahirt, entgegengehalten werden kann, scheint daraus zu folgen, daß er die Ehefrau nur zuzuziehen braucht.

Mit geflissentlichem Vorbedachte wurde bisher vermieden, irgendwie die Erbrechtsverhältnisse zu berühren.

Denn ein eheliches Güterrecht soll nur für die Zeit der Ehe maßgebend sein.

Dies jedoch festgestellt, ist es wegen des Zusammenhanges des ehelichen Güterrechtes mit dem ganzen Systeme unumgänglich, auch dorthin überzugreifen.

Vor Allem denken wir uns die freie Willkür bei letzwilligen Verfügungen materiell nur durch ein Pflichttheilserbrecht der ehelichen Nachkommen und des bedürftigen hinterbliebenen Ehegatten, nicht aber auch der Eltern beschränkt, wobei das der Kinder — ohne Rücksicht auf Zahl — die Hälfte des Vermögens des parens, das des Ehegatten standesmäßigen Unterhalt bis zur Wiederverehelichung oder zum Tode zum Inhalt hätte.

Sodann wäre in der Erbfolgeordnung der überlebende kinderlose Ehetheil unmittelbar hinter Kindern und Enkeln, also vor Eltern und vollbürtigen Geschwistern einzureihen. Was aber den regelmäßigen und schwierigsten Fall betrifft, den Fall nämlich, wenn ein Ehetheil vom anderen mit Kindern überlebt wird, so läßt sich dieser wohl kaum durch-

[g]reifend ordnen, und zwar wegen Unentscheidbarkeit der Frage der [W]iederverehelichung.

Sicher ist, daß die Wiederverehelichung häufig unvermeidlich ist, daher höchstens civilrechtlich erschwert werden kann. (Strafen der zweiten Ehe.)

Die Frage über Zweckmäßigkeit der Strafen zweiter Ehe dahingestellt, ist es eben so sicher als die Zulässigkeit der Wiederverehelichung, daß in allen Fällen, wo noch Nachkommenschaft zu erwarten ist, und sehr häufig auch dann, wenn dies nicht zutrifft, dem zur zweiten Ehe schreitenden Ehetheile nicht mit einem bloßen auf seine Lebensdauer oder auf bestimmte Zeit gewährten Nutznießungsrechte am liegenden oder Hauptgute gedient ist.

Denn der neu eintretende Ehetheil kann sich auf das Prekäre der so geschaffenen Lage weder für seine Person, noch für seine zu hoffenden Kinder einlassen. Daher scheint hier nur Vermögensabtheilung, mindestens bezüglich des Vermögens des vorabgestorbenen Ehetheils, oder auch zugleich bezüglich des Vermögens des überlebenden Ehetheiles, oder aber umgekehrt Vereinkindschaftung angezeigt zu sein.

Dagegen scheint, wenn der verwittibte Ehetheil sich nicht wiederverehelicht, Fortsetzung der Gemeinschaft zwischen ihm und den Kindern, und vielleicht selbst Nutznießung an der Quote der Kinder zulässig und am Platze zu sein, und scheint im Verluste dieses Nutznießungsrechtes, zurückbezogen auf seinen Beginn, das ist der Tod des vorabsterbenden Ehetheils, wohl für den Wiederverehelichungsfall der natürlichste und einfachste Rechtsnachtheil sich darzubieten, welcher sich als Strafe finden läßt.

Allen diesen Verhältnissen scheint aber nur das freie vertragsmäßige Ermessen der Gemeinschaftsinteressenten, oder freie Erwägung des Richters in Handhabung der Theilungsklage Rechnung tragen zu können, der eine oder andere Ausweg aber auch völlig zu genügen.

Literatur.

3.

1. **Geschichte des ehelichen Güterrechtes in Deutschland**, von Dr. Richard Schröder, o. Prof. des d. Rechtes in Würzburg. II. Theil. Das Mittelalter. 3. Abth.: Das sächsische u. das friesische Recht. Stettin, Danzig, Elbing. Léon Saunier. 1874. 428 S.

2. **Gemeines eheliches Güter- und Erbrecht in Deutschland.** Von Heinrich Bocke, k. bayr. Bezirksgerichtsrath. Nördlingen, Beck. 1873. I. Bd. 690 S. II. Bd. 332 S.*)

Mit der nun vorliegenden dritten Abtheilung seiner Geschichte des ehelichen Güterrechtes in Deutschland hält Schröder sein vor zehn Jahren gegebenes Versprechen, die Geschichte des ehelichen Güterrechtes von der ältesten Zeit bis auf die Gegenwart darzustellen, für gelöst.

Mit Recht; denn obwohl er diese Geschichte erst bis zum Ausgange des Mittelalters oder genauer bis zum Einbrechen des römischen Rechtes fortgeführt hat, so ist damit doch eine nahezu vollständige Geschichte des heutigen Rechtszustandes geliefert, da derselbe, von unbedeutenden Modifikationen abgesehen, noch derselbe ist wie vor fünf- oder sechshundert Jahren. Seitdem hat sich wohl der äußere Entwickelungsgang des ehelichen Güterrechtes in Deutschland geändert, aber die Dogmen-Entwickelung und innere Weiterbildung ist mit dem Ende des Mittelalters stehen geblieben. Eine Fortführung des Werkes bis zur Gegenwart würde daher vielfache Wiederholungen enthalten und im Uebrigen einen Bestandtheil der großen Invasionsgeschichte des Römischen Rechtes bilden. Es versteht sich von selbst, daß das Schrödersche Werk für die große nationale Aufgabe unserer Tage, deren Verwirklichung vorzubereiten sich diese Zeitschrift zum Ziel gesteckt hat, von ganz besonderer Bedeutung ist; zeigt es doch in erschöpfender Weise, wie das eheliche Güterrecht Deutschlands, dessen Zerfahrenheit sprüchwörtlich geworden war, in orga-

*) Anmerkung der Redaktion. Das Werk von Bocke ist zwar bereits im vorigen Jahrgang besprochen; da indeß die gegenwärtige Besprechung näher auf den Inhalt eingeht, als in der früheren geschehen ist, so wird die Veröffentlichung den Lesern nicht unwillkommen sein.

[illegible] und [illegible] II. [illegible] 2. das [illegible] die [illegible] und [illegible]

Nach dem [illegible] recht [illegible] ist und daher [illegible] von den [illegible] der Ehe [illegible] Zuständen während der Ehe zu [illegible] Eintheilung wenig [illegible] Es sind hauptsächlich zwei [illegible] deren Erhaltung wir als das wichtigste Ergebniß des [illegible] Buches bezeichnen müssen: der eine, daß das westfälische Recht ursprünglich sich durchaus auf dem Standpunkte des eigentlich sächsischen Rechtes stehe und zuerst in den Städten die schon in der Lex Saxonum erwähnte Theilung des Nachlasses zu einer Theilung des ehelichen Vermögens und bei beerbter Ehe zum System der allgemeinen Gütergemeinschaft ausgebildet worden ist; der zweite, daß das Mittelalter das Recht der Gütergemeinschaft ganz in demselben Sinne wie das heutige Recht gekannt hat, wie auch im Fränkischen Rechte die heute noch bestehende partikuläre Gütergemeinschaft schon im Mittelalter sich ausgebildet hatte. [illegible] sind die Ausführungen über das Dortmund-Hamburger Recht [illegible] lehrreich. Ein Beweis, daß wir es mit uralten Stammeseigenthümlichkeiten zu thun haben, ist das fränkisch thüringische System, das uns begegnet, soweit die Gränzen der alten Thüringer Lande reichen. [illegible] Rechtssystem gehört jedoch zu den fränkischen Rechten und nicht zu den sächsischen und hätte unserer Ansicht nach besser im Zusammenhange mit jenen in der 2. Abtheilung behandelt werden [illegible] satz zum sächsischen Rechte [illegible] als einen eigenthümlichen [illegible] lösung der Ehe entweder dem [illegible] sie halb und halb zwischen [illegible] theiles. Mit vielem [illegible] Drittheilrechtes [illegible] das ganze ehel[illegible] auf die Seite des [illegible] Dieses zu den [illegible] System galt [illegible] Dresden und [illegible] Einfluß ge[illegible]

die Ansicht aus, daß das Drittheilsrecht ursprünglich tschechisches Recht sei, daß es in Böhmen und Mähren die deutschen Einwanderer kennen lernten und daß es von da aus nach Meißen, Schlesien u. s. w. gekommen sei. Hiefür spricht vor Allem, daß das altböhmische Landrecht schon zu einer Zeit (1222) als noch sehr wenige deutsche Ansiedler im Lande waren, das Drittheilsrecht als geltendes Recht kannte, es kann daher durch die Deutschen nicht eingeführt worden sein.

Das zweite Kapitel behandelt die Verhältnisse bei Auflösung einer beerbten Ehe. Während bei unbeerbter Ehe ursprünglich im ganzen Sachsenlande dieselben Grundsätze galten, hatte schon die Lex Saxonum für die beerbte Ehe den bekannten charakteristischen Unterschied zwischen dem Rechte der Westfalen einerseits und dem der Ostfalen und Engern andererseits festgesetzt, wonach erstere Errungenschaftsgemeinschaft, die sich dann später zur allgemeinen Gütergemeinschaft erweiterte, letztere, abgesehen von der Morgengabe, dieselben Grundsätze wie bei der kinderlosen Ehe zur Anwendung bringen. Das westfälische Recht ist nun schon im zwölften Jahrhundert aus der altwestfälischen Errungenschaftsgemeinschaft mit Halbtheilung zur allgemeinen Gütergemeinschaft in der Regel mit Halbtheilung übergegangen. Dieses System ist schon im Mittelalter das allgemeine Recht fast sämmtlicher niederdeutscher Städte geworden und dürfte selbst heute noch nächst der partikulären Gütergemeinschaft das weitest verbreitete Rechtssystem in Deutschland sein. Eine Anzahl Rechte läßt die Gütergemeinschaft auch nach dem Tode eines Gatten fortsetzen. Hieher gehört namentlich das Recht von Dortmund und Cleve, von Osnabrück, Braunschweig u. s. w. In der Regel dauert diese Gemeinschaft nur so lange, als der überlebende Erbtheil im Wittwenstand verharrt, verrückt er den Wittwenstuhl, so ist er zur Abtheilung mit den Kindern verpflichtet. Nur in Bremen und nach den sogen. Drittheilsrechten besteht diese Verpflichtung nur für die Mutter, der Vater dagegen bringt das ganze Vermögen in die zweite Ehe und bei seinem Tode erben sämmtliche Kinder nach gleichen Theilen, nachdem die Wittwe ihr Eingebrachtes herausgenommen oder, falls die zweite Ehe kinderlos war, ihr Drittel vorweg bekommen hat. Außer diesen Ausnahmen verlangt die Verrückung des Wittwenstuhles stets vorherige Abtheilung. Die rechtliche Natur nun des zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern bestehenden Verhältnisses bestimmt Schröder in folgender Weise: vor der Schichtung faßt er dasselbe als Gesammteigenthum, nach der Schichtung als Miteigenthum zu ideellen Theilen auf. Diese Auffassung scheint uns nicht stichhaltig, obwohl mehrere Quellenaussprüche dafür zu sein scheinen, und vor Allem die Bestimmung, daß falls vor der Schichtung eines der Kinder mit Tod abgeht, dessen Antheil nicht den überlebenden Geschwistern anwächst, wie es bei Miteigenthum sein müßte, sondern dem ganzen Sammtgute zugute kommt. Trotzdem erheben sich gewichtige Bedenken gegen diese Auffassung. Wenn auch die Quellen einen Unterschied machen zwischen dem Verhältniß vor der Schichtung und dem nach der Schichtung (oder vor wirklicher Abtheilung), so dürfte dem eher eine Berücksichtigung des in der Regel vorkommenden thatsächlichen Vorganges als eine strenge juristische Konstruktion zu Grunde liegen. Beim Todesfall eines Ehegatten mag es regelmäßig vorgekommen sein, daß der überlebende Theil mit den Kindern ganz in derselben Weise fort-

wirthschaftete wie vor dem Todesfalle, erst nach einiger Zeit, wenn der überlebende Ehetheil an die Eingehung einer zweiten Ehe ging oder wenn die Kinder großjährig wurden, mag man zur Schichtung oder Abtheilung geschritten sein, der freilich die thatsächliche Sonderung der einzelnen Theile noch lange nicht auf dem Fuße zu folgen brauchte. Die Quellen nun, die diesen rein thatsächlichen Vorgang von dem vorher bestandenen Verhältniß unterscheiden wollten, brachten Ausdrücke zur Anwendung, die auf ein eigenthümliches Rechtsverhältniß, ein vom Sondereigenthum wie vom Miteigenthum unterschiedenes Gesammteigenthum schließen lassen. Allein die Konstruktion dieses Rechtsverhältnisses erscheint uns so unmöglich, daß wir lieber eine unklare Auffassung der Quellen annehmen. Für eine solche unjuristische Konstruktion bieten ja die mittelalterlichen Rechtsquellen zahlreiche Beispiele, und Schröder weist selbst, namentlich im Gegensatz zu Agricola, zu wiederholten Malen darauf hin, daß man nicht immer dem Wortlaute vertrauen darf.

Dieselbe Mahnung aber dürfte auch hier am Platze sein. Einen rechtlichen Unterschied zwischen Gesammteigenthum und Miteigenthum zu ideellen Theilen vermögen wir aber weder im ehelichen Güterrechte, noch überhaupt im deutschen Rechte zuzugeben. Eher möchten wir annehmen, daß die Quellen unter Schichtung nicht die ideelle Theilung, sondern die thatsächliche Abtheilung verstehen. Näher auf diese bekanntlich noch immer viel umstrittene Frage einzugehen, dürfte hier zu weit führen. — Wie bei unbeerbter, so gelten auch bei beerbter Ehe in den thüringischen Landen von dem sächsischen Rechte völlig verschiedene Grundsätze, welche auch hier dem fränkischen Rechte entsprechen, mit der einzigen Modifikation, daß das fränkische Verfangenschaftsrecht vielfach zum Theilrecht umgebildet worden ist, wieder ein Grund, der die thüringischen Rechte in den Zusammenhang mit den fränkischen Rechten hätte weisen sollen. Schröder faßt das Verfangenschaftsrecht als Eigenthum der Kinder mit Leibzucht des überlebenden Elterntheils auf. Auch diese Theorie ist noch keineswegs allgemein anerkannt (Vergl. mein Privatrecht nach d. Kl. Kaiserrechte S. 137) und dürfte auch hier nach Landschaften zu unterscheiden sein; gewiß wenigstens ist, daß eine Reihe von Rechtsquellen das Verfangenschaftsrecht als Eigenthum des überlebenden Gatten mit dinglichem Recht der Kinder hinstellt und Folgerungen daraus ableitet, die beim Eigenthum der Kinder unmöglich wären. — Die Verhältnisse während der Ehe, namentlich die Verfügungs-Befugniß der Frau, waren nach dem sächsischen Rechte dieselben wie in Franken oder Süddeutschland: die Ehefrau war, abgesehen von dem kleineren, selbstständigen Wirkungskreise der häuslichen Wirthschaft, der ehelichen Vormundschaft unterworfen und daher in jeglicher Disposition an die Zustimmung des Mannes gebunden; dagegen hatte der Mann bezüglich der gesammten fahrenden Habe freie Verfügungsgewalt und war selbst dann nicht an die Zustimmung der Frau gebunden, wenn es sich um Gerade handelte oder um von der Frau eingebrachte Sachen. Anderes Recht galt für die Liegenschaften. Hier folgen die thüringischen Rechte dem fränkischen Prinzip der gesammten Hand, während die sogen. Drittheilsrechte dem Manne unumschränkte Gewalt über Mobilien wie Immobilien zugestehen, die altwestfälischen Rechte aber (Soest, Siegen, Münster, Lübeck und Breslauer Landrecht) auch während der Ehe zwischen beerbter und

unbeerbter Ehe unterscheiden und nur im ersteren Falle eine Alleinherrschaft des Mannes kennen. Auch im Sachsenspiegel und Magdeburger Recht erkennt Schröder dem Manne nur bezüglich seiner Immobilien und der zur ehelichen Errungenschaft gehörigen liegenden Güter freies Verfügungsrecht zu, läßt ihn aber bezüglich der mit der Frau eingebrachten Immobilien an deren Zustimmung gebunden sein. Dieser Satz war noch jüngst namentlich von v. Martitz heftig bestritten worden, dürfte aber nach der Beweisführung Schröder's kaum mehr zweifelhaft sein. — Die Ausführungen über die Schuldverhältnisse der Ehegatten, denen das vierte Kapitel gewidmet ist, bieten wenig Anlaß zu Bemerkungen, auch hier ist das wichtige Lübecker Recht besonders berücksichtigt und der Beweis geführt, daß nach dem Soest-Lübecker Recht wie nach der Ehe Schuldentrennnung bei kinderloser, Schuldengemeinschaft bei beerbter Ehe gegolten hat, für die übrigen Rechte gilt als Regel daß für die Schulden des Mannes die gesammte Fahrhabe, im thüringischen Rechte das gesammte Frauengut haftet. — Von musterhafter Klarheit ist das fünfte Kapitel, welches in einem Rückblick noch einmal das juristische Prinzip und den historischen Zusammenhang erörtert. Treffend faßt Schröder das Ergebniß seiner Untersuchung dahin zusammen: „daß die starke Verbreitung der partikulären und mehr noch der allgemeinen Gütergemeinschaft im Lande Sachsen auf thüringischen, westfälischen, niederländischen Stammeseigenthümlichkeiten beruhte, welche in der Lex Saxonum und Lex Ribuariorum bereits angedeutet sind und auf einen uralten Gegensatz zwischen dem ostfälischen, dem westfälischen und dem fränkischen Rechte zurückgeführt werden müssen." „Die wirthschaftlichen Verhältnisse", fügt er bei, „in den Städten haben dem gegenüber auf dem Gebiete des gesetzlichen ehelichen Güterrechts nur eine höchst untergeordnete Rolle gespielt." Dieser Einfluß der Stammeseigenthümlichkeit, welche man lange Zeit gar nicht beachtet hat, dürfte jetzt endgiltig festgestellt sein und wie Niemand die Verschiedenheit des niederdeutschen Dialekts vom mitteldeutschen und hochdeutschen leugnen kann, so kann in Zukunft auch Niemand das Vorhandensein eines besonderen westfälischen, ostsächsischen und fränkisch-bairisch-schwäbischen Rechtsdialektes in Abrede stellen.

Eine gleich treffliche Bearbeitung hat ferner im zweiten Buch das lange Zeit von der Wissenschaft vernachläßigte vertragsmäßige Güterrecht der Ehegatten gefunden. Während im statutarischen Rechte der Einfluß der Stammeseigenthümlichkeit überwiegt, ist das vertragsmäßige Güterrecht bestrebt die Härten des ersteren auszugleichen und namentlich dem im Laufe der Zeit sich ändernden Wirthschaftsverhältnisse Rechnung zu tragen. So sucht das sächsische Recht die Stellung der Frau durch Morgengabe und besonders durch Leibzucht oder Wittum zu verbessern. Letzteres war bald zu einem organischen Institut des ehelichen Güterrechts geworden, „das, wenn auch für den Mann nicht gerade ein Zwang zur Bestellung einer Leibzucht bestand, doch in keiner anständigen Ehe fehlen durfte." Das vorbehaltene Frauengut und die Ausschließung der Gütergemeinschaft waren ebenfalls Einrichtungen, bestimmt, die Frau gegen gewisse Härten des gesetzlichen Rechts sicher zu stellen.

In einem Anhang behandelt Schröder das friesische Recht, jenes durch alterthümliche, eigengeartete Bestimmungen sich auszeichnende Rechtssystem. Zwar blickt man jetzt seit den gediegenen Untersuchungen

Felting's im friesischen Recht, denen auch Schröder im wesentlichen gefolgt ist, bedeutend klarer als früher, aber noch immer bleibt mancherlei dunkel. Die Wissenschaft hat daher ein wirkliches Interesse an dem Erscheinen der, wie wir zu wissen glauben, seit Jahrzehnten druckfertigen friesischen Rechtsgeschichte des Frhrn. v. Richthofen.

Nachdem Schröder damit die innere Geschichte des ehelichen Güterrechts beendigt hat, verspricht er zunächst eine dogmatische Darstellung des heute in Deutschland geltenden Rechts nach den Kategorien des Dotalrechts, der Verwaltungsgemeinschaft, der allgemeinen und der partikulären Gütergemeinschaft, endlich des vertragsmäßigen Güterrechts, verbunden mit einer statistischen Uebersicht über die Verbreitung der einzelnen Systeme innerhalb Deutschlands zu bearbeiten. Wissenschaft und Praxis sind ihm schon für das nun vollendete Werk Dank, zugleich aber ist ihm die ganze Nation Anerkennung schuldig, denn er hat wie wenige, der großen nationalen Aufgabe unserer Tage vorgearbeitet: dem Zustandekommen eines einheitlichen bürgerlichen Gesetzbuchs. Da jetzt eine erschöpfende und alle einzelnen Verzweigungen umfassende Geschichte des ehelichen Güterrechts vorliegt, kann auch die gesetzliche Regelung dieses wichtigen Rechtsgebietes nicht mehr in das Bereich der Unmöglichkeit gehören.

Fast gleichzeitig mit dem Schlußbande des Schröder'schen Buches ist das umfangreiche Werk von Heinrich Bocke erschienen, wie jenes die Frucht fast zwanzigjähriger Arbeit. Auch dieses Werk hat seine Vorzüge. Auf dem Boden der Praxis erwachsen, zeugt es von einem klaren Blick in die Mängel, mit denen der Richter bei Streitigkeiten über eheliche Güterrechte zu kämpfen hat, dazu kommt, daß dem Verf. eine sehr große Anzahl von Quellen namentlich aus dem Gebiete des fränkischen Güterrechts zu Gebote stand, die seinem Werke große Reichhaltigkeit des Materials sicherten, dagegen versäumte er es, diese Uebermasse des Stoffes gehörig zu durcharbeiten. Der ganze erste Band (690 Seiten) enthält großen Theils solchen ungenügend verarbeiteten Stoff und macht den Eindruck, als ob die Excerpte, wie sie die Frucht langjähriger und fleißiger Studien sind, abgedruckt worden seien. Schon dieser Umstand, verbunden mit einer äußerst schwerfälligen, undurchsichtigen Anordnung des Materials erschwert die Aufgabe des Berichterstatters ungemein. Auch abgesehen davon, halten wir eine gerechte und erschöpfende Würdigung des Werkes nur nach längerem Studium desselben für möglich. Hierzu steht aber dem Referenten weder die nöthige Zeit noch ausreichendes Buchmaterial zu Gebote, er muß sich daher auf ein möglichst objektives Referiren beschränken.

Der erste weit stärkere Band behandelt die Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland von den ältesten Zeiten bis auf die Neuzeit und enthält die Quellennachweise, den zweiten Band hat der Verfasser „erläuternder Theil" betitelt und hat darin weitere Ausführungen des ersteren und das geltende Recht gegeben. Methode und systematische Anordnung lassen manches zu wünschen übrig, denn die Natur der Sache hätte die Eintheilung des geschichtlichen Theiles nach Perioden und Landschaften und dann die Entwickelung des geltenden Rechtes in derselben Weise erfordert. Bocke geht von dem Grundsatze aus, daß in den Ehe-

verträgen zu allen Zeiten, das geltende Eherecht am deutlichsten und unverfälschtesten zu Tage trete; es sei die merovingische Gesetzgebung über die ehelichen Güterrechte in Neustrien, Rheinfranken, Baiern und Schwaben gegenüber den althergebrachten Eheverträgen mißglückt und deswegen hätten diese in Baiern und Schwaben die Volksrechte, das Freiburger Recht der Städte, den Schwabenspiegel, das bayrische Rechtsbuch und die Partikulargesetzgebung dreier Jahrhunderte überlebt. Als dann später, bemerkt er weiter, in einem großen Theile der fränkischen Monarchie die Nothwendigkeit der Eheverträge abgekommen sei, habe man nicht etwa das in den Volksrechten beglaubigte, sondern das in den uralten fränkischen Eheverträgen überlieferte Recht als Gewohnheit geübt. Damit setzt sich Bocke in Widerspruch mit allen bisherigen Darstellungen. Wir geben zu, daß die Urkunden und Formelbücher eine noch lange nicht hinreichend ausgebeutete Quelle des ehelichen Güterrechtes bilden, aber man darf in ihrer Würdigung auch nicht zu weit gehen und alle Sätze der Rechtsbücher, die mit jenen nicht übereinstimmen, als nicht geltendes Recht verwerfen; so bestreitet Bocke der berühmten Stelle des Sachsenspiegels „darumbe mag kein wib" u. s. w. jede praktische Bedeutung. Dazu kommt, daß die Formelbücher und Urkunden nach bestimmten Originalien, meist italienischen Ursprungs gearbeitet sind und daher namentlich für die älteste Zeit keine ganz untrügliche Rechtsquelle bilden dürften. Ferner sind für viele Gegenden Deutschlands, darunter für sehr wichtige Städte, wie z. B. Augsburg, Urkundenbücher noch nicht veröffentlicht, ein endgiltiges Urtheil dürfte daher kaum schon am Platze sein.

Als die Grundlage des ältesten deutschen Eherechts bezeichnet er den Satz: daß der überlebende Gatte den ganzen Nachlaß erbt und zwar ohne Unterschied zwischen beerbter und kinderloser Ehe. Daraus entwickelte sich die Wittwenversorgung, aus dem Bestreben, den Grundbesitz dem Stamme (den Söhnen) zu erhalten. Die Volksrechte nun, behauptet Bocke, hätten dahin gestrebt, der Wittwe möglichst wenig Erbvortheile zu gewähren, ihr statt eines Erbrechtes nur Errungenschaftsantheile wie bei den Ripuariern, Angelsachsen und Westfalen oder gar nur Nießbrauch an Theilen des ehemännlichen Nachlasses einzuräumen. Die Quelle dieses Bestrebens erblickt er im römischen Rechte, dessen Ausdrucksweise sogar vielfach in die Volksrechte übergegangen sei, weshalb diese nur mit großer Vorsicht als Quellen des deutschen Eherechts zu benutzen seien. Dieses älteste Eherecht der Deutschen, das gegenseitige Erbrecht der Ehegatten, erkennt der Verf. als Grundlage des noch heute geltenden Rechtes an. Er behandelt zunächst die Formen der ersten Periode (vor 450). Dieselben construirt Bocke in folgender Weise. Er meint: ursprünglich sei der Mann durch den Brautkauf Alleinerbe der Frau nach beerbter und kinderloser Ehe geworden. Ebenso die Wittwe in Folge sinnbildlicher Uebertragung des Erbrechts durch die Morgengabe. Durch die Fortführung der Wirthschaft nach dem Tode des Mannes sei sie Vorerbin der Kinder und seiner Verwandten geworden. Als aber später die Wiederverehelichung der Wittwe gestattet worden sei, hätten sich die Rechte der einzelnen Stämme getrennt: die Franken hätten ihr die ganze Habe zur freien Vererbung gelassen, der gothische, nieder- und hochdeutsche Stamm aber habe die Theilung des männlichen Nachlasses zwischen der Wittwe und den Verwandten des Mannes nach Hälften verlangt. In

der zweiten Periode nun (450—1125) sei dieses ursprünglich fränkische Recht zuerst zu Gunsten des Mannsstammes geändert und der Vorzug der männlichen Nachkommen in der Erbfolge des Stammgutes ausgebildet worden, ferner sei die Ehe der gesammten Hand aufgekommen, wodurch das liegende Gut der Frau mit dem des Mannes zu einer Vermögensmasse vereinigt worden, über welche beide Theile gemeinsam verfügten, dies aber stets den Kindern erhalten blieb. Bei kinderloser Ehe blieb die Alleinerbfolge, bei beerbter Ehe trat Halbtheilung ein. Dieses ursprünglich salische Recht habe sich in Folge der Ausbreitung der fränkischen Herrschaft über einen großen Theil von Deutschland, Hessen, Schwaben, Bayern und dann durch die flandrischen oder rheinfränkischen Kaufleute über den größten Theil Niederdeutschlands, bis nach Oesterreich, Ungarn und Rußland verbreitet. So soll Magdeburg ursprünglich flandrisches Recht gehabt haben, weil es eine fränkische Bund- und Handelsstadt gewesen. Erst als in Folge des entstehenden Zwiespaltes zwischen Land- und Stadtadel, dieser jenen sich zum Muster nahm, suchte sich der Magdeburger Adel das beim Landadel geltende Eherecht anzueignen und zwar die Alleinerbfolge des Ehemannes beizubehalten, die Ehefrau aber für den bisherigen Erbtheil (halb) und die Alleinerbfolge mit einer Vermögenszuwendung abzufinden. Von 1235 bis um 1325 habe sodann Sachsenspiegelrecht in Magdeburg gegolten, in diesem Jahre aber habe man sich der Halbtheilung nach beerbter und der Alleinerbfolge nach kinderloser Ehe wieder zugewandt. Die Alleinerbfolge sucht nun Bocke nachzuweisen für die ripuarischen Lande, den westfälischen Kreis, Hannover, das lübische Rechtsgebiet, Mitteldeutschland, Oberelsaß, Schweiz, Schwaben, Franken, Bayern, Oesterreich u. s. w. Auch in den sächsischen Landen soll sie gegolten haben, bis der Sachsenspiegel und das Weichbild den Versuch gemacht haben, „vom Mittelpunkte der thüringischen Halb- und Drittheilungsgruppe aus ein gemeinsames Eherecht zu schaffen, das nicht primär, wie heutzutage das gesetzliche Recht, sondern subsidiär Normen geben sollte, soweit nicht die unbedingt vorausgesetzten Eheverträge ausreichten." Dabei habe der Sachsenspiegel lediglich die Bedürfnisse der adeligen Landbewohner, das Weichbild die der Patricier von Magdeburg im Auge gehabt. Als altsächsisches Recht, das vor dem Sachsenspiegel gegolten, bezeichnet Bocke (S. 121) folgende Sätze: nach kinderloser Ehe gab der Ehemann den nächsten Erben seiner Frau die Hälfte des Zugebrachten, die Hälfte des Gutes, das er mit der Frau gewonnen (im Buche steht genommen) hatte, heraus; die kinderlose Wittwe nahm alles Zugebrachte, so weit es noch vorhanden war, heraus und erhielt die Hälfte vom übrigen Vermögen. Im südlichen Bayern und in Schwaben dagegen habe der überlebende Ehegatte, Mann oder Frau, nach kinderloser Ehe an dessen Verwandte ein Drittel, nach manchen Quellen die Hälfte des Eingebrachten des Verstorbenen hinausgegeben, diese Pflicht zum Ersatz der Hälfte oder des Drittels vom Heirathsgute sei aber nicht auf Herausgabe in Natur, sondern auf Leistung einer bestimmten Summe gegangen. Dies bei kinderloser Ehe. Bei beerbter Ehe soll bei allen Stämmen, namentlich nach erster Ehe, oder wenn keine Stiefkinder, oder doch nur nur abgefundene vorhanden sind, Alleinerbfolge gegolten haben, so daß der überlebende Gatte das Alleineigenthum an dem gesammten ehelichen Vermögen

gehabt habe. Die Belege für diesen Satz hat Bocke aus allen deutschen Landschaften und aus allen Jahrhunderten vom 7. bis zum Ende des 18. Jahrhunderts gefunden; schon dieser eine Umstand muß mancherlei Bedenken wach rufen. Auf dem Wege des Vertrags nun sei im hoch deutschen und niederdeutschen Rechte unter dem Namen Kindervergleich die Einrichtung aufgekommen, daß der überlebende Gatte den Kindern erster Ehe einen bestimmten Voraus festsetzte, wodurch dann bei Auflösung der zweiten Ehe die Kinder erster Ehe, die der zweiten und der zweite Ehegatte in der Erbschaft des bei Auflösung der zweiten Ehe vorhandenen Vermögens ganz gleich stehen, nachdem die Kinder erster Ehe den Voraus herausgenommen. In gleicher Weise soll das hoch- wie das niederdeutsche Recht bei zweiter beerbter Ehe die Herausnahme des Eingebrachten gefordert haben, wonach der überlebende Gatte sein vertragsmäßig eingebrachtes Heirathsgut heraus und vom Uebrigen mit den Vorkindern und den Kindern zweiter Ehe einen Kindstheil genommen habe. Auch hier finden wir Quellenbelege aus allen Landschaften und allen Jahrhunderten angeführt.

In der zweiten Periode sei dann die fränkische Halbtheilung, wonach der überlebende Gatte die eine, die Kinder die zweite Hälfte erhalten, zum herrschenden Recht geworden. Eine Gruppe von Quellen, wie die Soester und die Hamburger Gruppe, hätten jedoch die reine Halbtheilung verlassen und hätten der Wittwe z. B. nur ein Drittel zugesprochen, während der überlebende Ehemann die Hälfte erhielt. Zur Zeit der Volksrechte habe sich dann noch aus dem Bestreben, den Grundbesitz zu Gunsten der Kinder zu binden, die auf das liegende Gut beschränkte Einrichtung der Verfangenschaft entwickelt. Eine ähnliche Einrichtung sei für die kinderlose Ehe in der Stammerbfolge gefunden worden. Dadurch sei die herkömmliche Alleinerbfolge nur beschränkt, nicht aufgehoben worden. Ferner entstand in mehreren Gegenden und namentlich in den adeligen Kreisen zum Zweck der Wittwenversorgung die Einrichtung der Morgengabsehe und der Witthumsehe, erstere um das Recht des Ueberlebenden nach salfränkischem, letztere um es nach rheinfränkischem Rechte auf einen Theil des Vermögens zu beschränken. Die Morgengabe sei somit eine Erbabfindung, das Witthum eine Wittwenversorgung durch Nießbrauch gewesen. Gerade dieser Abschnitt des Buches (S. 181—308) scheint uns einer genauen Prüfung zu bedürfen, es mag sich dann herausstellen, wie viel von den Bocke'schen Aufstellungen stichhaltig ist, wie viel nicht. Jedenfalls haben die wirthschaftlichen und und politischen Verhältnisse einen gewissen Einfluß auf die Fortbildung des Rechts geübt, aber Bocke geht offenbar in der Schätzung dieses Einflusses zu weit, mit Unrecht bestreitet er die Stammesverschiedenheit des Rechts für die Zeit der Volksrechte (den betreffenden Stellen der Volksrechte spricht er die Bedeutung des geltenden Rechtes ab) und ebenso unterschätzt er für die Periode des eigentlichen mittelalterlichen Rechtes die Bedeutung der verschiedenen Stammeseigenthümlichkeiten. — In der dritten Periode, die der Verf. von 1125 bis 1250 rechnet, sei nun die Halbtheilung in Frankreich, Flandern und Holland und den Brandenburgischen Ländern auch auf die kinderlose Ehe ausgedehnt worden; in andern Gegenden sei man zur Drittheilung nach beerbter Ehe übergegangen; man habe sie zuerst nur der Frau bei der Wiederverehelichung

boten, den überlebenden Ehemann aber noch als Alleinerben angesehen, später habe man auch sein Erbrecht auf zwei Drittel eingeschränkt. Wir sehen, die Ausführung ist hier eine ganz andere wie bei Schröder. Auch für diese Periode schreibt Bocke lediglich den Kaufleuten den Anstoß zur erwähnten Rechtsentwicklung zu, in erster Reihe soll der Einfluß Kölns maßgebend gewesen sein und zunächst auf Magdeburg bestimmend gewirkt haben und durch dieses auf eine große Anzahl nieder- und ostdeutscher Städte. Während die Halbtheilung flandrisches Recht, sei die Drittheilung rheinfränkisches Recht. Das Drittheilrecht blieb auf Süddeutschland ohne Einfluß, Bocke schreibt dies dem Umstand zu, daß nach dem Sturz der Hohenstaufen-Herrschaft der Einfluß des deutschen Kaufmannes auf das Ehe- und Erbrecht in Süddeutschland, durch die erstarkende Landeshoheit verloren gegangen sei. Allein der Grund muß ein anderer gewesen sein, denn gerade in Süddeutschland, mit Ausnahme der bayerischen Lande, hatte ja bis zum 16. Jahrhundert die Macht der Städte weitaus das Uebergewicht über die Landesherren. Mit dem Drittheilrecht bringt Bocke die Zweikinderwirthschaft in Zusammenhang und gibt darüber im II. Bd. S. 16 höchst interessante Aufschlüsse, allein in derselben eine uralte Rechtssitte zu erkennen, dürfte doch gewagt sein. — Die vierte Periode umfaßt die Zeit seit 1250, also die Zeit der erstarkenden Landeshoheit und der allmähligen Auflösung des Reiches in Einzelstaaten. In dieser Periode ist an die Stelle der Stammeseigenthümlichkeit die Staatseigenthümlichkeit getreten, allenthalben hat das römische Recht in die Fortbildung des deutschen Rechtes störend eingegriffen und bald die Ueberhand an sich gerissen.

In der Befreiung der kurfürstlichen Territorien von der kaiserlichen Gerichtsbarkeit durch die goldene Bulle erkennt Bocke die Beseitigung des Einflusses des Königs auf das Ehe- und Erbrecht. Die Umbildung des ehelichen Güterrechts in dieser Periode begann in Frankreich, wo schon im 13. Jahrhundert der moderne Staat begründet wurde, durch den Uebergang von der Halbtheilung des Gesammtvermögens zur Theilung des Mobiliarvermögens, nachdem schon 1162 im Königreich Jerusalem hierzu der Anfang gemacht war. Von hier soll dieselbe Einrichtung sich gleichzeitig nach Schonen und Jütland verbreitet haben. Mit der Mobiliartheilung ist die Trennung des liegenden Guts verbunden, indem das liegende Gut des Ueberlebenden diesem verbleibt, das des Erstverstorbenen aber an die Kinder fällt. Dieses Rechtssystem ging auf die salischen Lande, das Frankfurter Gebiet, die Pfalz, die Schweiz und die Lande am Niederrhein über. Bocke will von getrenntem Güterstande nur da gesprochen haben, wo reines Dotalrecht gilt, ebenso verwirft er den Begriff der Errungenschaftsgemeinschaft, weil dieselbe auf die Verhältnisse während der Ehe keinen Einfluß hat; diese Periode umfaßt die Rechte, die durch das römische Dotalrecht modificirt und jene, die man gewöhnlich als das System der Errungenschaftsgemeinschaft bezeichnet. Mit dem Nachweis dieser Entwicklung hat Bocke die historische Darstellung beendet, er bespricht nun eine Reihe von Einrichtungen und Verhältnissen die, ohne inneren Zusammenhang, mit dem ehelichen Erbrecht in Beziehung stehen. Es sind dies: a. Sprachgebrauch und deutschrechtliche Anschauungen über Erbrecht; b. Formen und Gebräuche bei Eingehung der Ehe; c. Voraussetzungen, Formen, Bestimmungen und

Wirkungen der Eheverträge; d. Aussteuer; e. Gerade; f. Erbe und Errungenschaft; g. Zuwendungen unter Ehegatten; h. Recht der Nacherben; i. Rechte und Pflichten des Vorerben (Leibzucht); k. die Aenderungen davon; l. Einkindschaft; m. Rechtsverhältnisse bei zweiter Ehe; n. Recht und Pflicht der Einwerfung; o. Grundtheilung; p. Scheidung; q. Quellenzeugnisse, ob der Adel nach allgemeinem oder besonderem Recht lebte. Schon die Zusammenstellung dieser Ueberschriften zeigt, welche verschiedenartigen Dinge in diesem Abschnitt (S. 379—564) behandelt sind. Dasselbe gilt von dem folgenden und letzten Abschnitt (S. 564 bis 690) des ersten Bandes, der unter dem allgemeineren Titel: Verhältnisse während der Ehe, folgende Einrichtungen bespricht: a. die Verfügungsgewalt des Mannes und b. der Ehefrau; c. ihr gemeinsames Handeln, die Nothwendigkeit der Zustimmung der Ehefrau, der Kinder und Verwandten; d. die Befugniß eines letzten Willens zu Gunsten Anderer; e. die Lehre von der Haftung für Schulden und f. Strafen; g. die Erwerbsgemeinschaft; h. die gesammte Hand- und Gütervereinigung und i. endlich die Gütergemeinschaft. Auf einzelnes hier einzugehen, würde zu weit führen.

In dem zweiten Bande gibt Bocke den erläuternden Theil mit anderen Worten, die Darstellung des „gemeinen ehelichen Güter- und Erbrechts". Auch hier können wir uns mit der Anordnung und Vertheilung des Stoffes nicht einverstanden erklären, auch die Methode läßt vieles zu wünschen übrig. Es fehlt an einem klaren, ausgearbeiteten Plan, man stößt auf eine Menge Unterabtheilungen, in denen historische mit dogmatischen Ausführungen gemengt sind, dazwischen stehen Excurse über Sitten und Gebräuche und mancherlei Dinge, die eigentlich in Anmerkungen zu verweisen gewesen wären. All dies thut dem Buch großen Eintrag und erschwert seine Benutzung ungemein. Als die Grundlage des gemeinen Ehe- und Erbrechtes erkennt Bocke nur die Alleinerbfolge an, und zwar ohne Unterschied der beerbten und kinderlosen Ehe, jedoch mit gewissen, nach Gegenden verschiedenen Einschränkungen, z. B. Theilrecht bei kinderloser Ehe, Kindervergleich bei beerbter Ehe. Während der Ehe ist es der Grundsatz, daß beider Gatten Güter eine Masse bilden, über die aber nur beide zusammen verfügen können, jedoch ohne daß ein römischrechtliches Miteigenthum nach ideellen Theilen anzunehmen wäre. Die Errungenschaftsgemeinschaft verwirft Bocke vollständig. „Was man," sagt er, „als Errungenschaftsgemeinschaft ausgeben will, ist nur die aus den Beweis- und Verwaltungssystemen hervorgegangene Erwerbsgemeinschaft, welche mit der Gütervereinigung, der gesammten Hand zusammen hängt, wonach die Ehefrau, um einen Ankunftsbrief zu erhalten, zu Grunderwerbungen zugezogen werden muß." Die Errungenschaftsgemeinschaft wäre hiernach ein unrichtiger Ausdruck für jenes System, welches dem überlebenden Gatten anstatt des alten Erbrechts auf das ganze Vermögen nur die Errungenschaft oder einen Antheil daran zuweist, unrichtig aber wäre dieser Ausdruck deshalb, weil die Rechtsverhältnisse während der Ehe unverändert bleiben und insbesondere von einem Miteigenthum der beiden Ehegatten an dem Errungenen nicht die Rede sein könne. Nur ausnahmsweise werde letzteres von einigen Partikularrechten angenommen, indem sie jedem Ehegatten die Befugniß zuschreiben, über die Hälfte der Errungenschaft letztwillig zu bestimmen. Als weiteren

Beweis dafür, daß nach ächtem deutschen Rechte der Ueberlebende dem verstorbenen Ehegatten im Erbrechte am ganzen Vermögen oder an gewissen Bestandtheilen desselben näher ist als Kinder und Verwandte, führt Bocke die Beweisgrundsätze an und findet die alten Beweisanschauungen wiederkehren bei den Eheverträgen, bei der Morgengabe, dem Witthum u. s. w., aber auch unter diesem Gesichtspunkte werden Dinge erörtert, die in einen anderen Zusammenhang gehört hätten. Wie die Errungenschaftsgemeinschaft so verwirft Bocke auch die Gütergemeinschaft und erblickt in ihr eine mißverständliche Ausdrucksweise, indem man aus der Alleinerbfolge fälschlich ein während der Ehe bestehendes Miteigenthum gefolgert habe. Er sagt: „Die Gütergemeinschaft ist nur eine Verunstaltung der Gütervereinigung und ihrer Fortdauer nach der Ehetrennung;“ und weiter: „Es gibt gar keine Gütergemeinschaft, außer in einer fehlerhaften Doctrin und in einem dadurch irregeführten Gerichtsgebrauche. Sie ist nur eine unrichtige Benennung für Gütervereinigung: die daraus abgeleiteten juristischen Constructionen sind theoretische Mißbildungen, eine verfehlte Anwendung römischer Sätze auf das ursprüngliche eheliche Vermögensverhältniß, auf die Gütervereinigung.“ Am Schlusse des ganzen Werkes entwickelt Bocke seine Ansichten über den Begriff des gemeinen Rechts (II. S. 184), dieser Abschnitt jedoch, da er den Buchtitel zu erläutern bestimmt ist, hätte eigentlich in die Einleitung gehört, auch würde dieser Stellung die Behandlungsweise mehr entsprochen haben. Daran schließt sich eine landschaftlich geordnete Zusammenstellung der einzelnen Rechtsgruppen, oder eine Rekapitulation der Ergebnisse des Buches. Der Schlußparagraph (S. 241) ist der Erörterung der einheitlichen Gestaltung, der bevorstehenden Gesetzgebung gewidmet. Nach dem Vorhergehenden brauchen wir nicht besonders zu betonen, daß Bocke eheliche Gütervereinigung, jedoch ohne Aenderung des Eigenthums während der Ehe, und Alleinerbfolge des überlebenden Ehegatten, und zwar nicht nur bei kinderloser, sondern auch bei beerbter Ehe, vorschlägt und zwar mit Abtheilung für den Fall, daß die Wittwe (nicht auch der Wittwer) zur zweiten Ehe schreitet. Bocke betont dabei den Satz, man müsse die Vereinigung nicht dort suchen, wo die Irrwege endeten, sondern dort von wo sie ausgingen.

Mit diesem legislatorischen Vorschlage können wir uns nicht einverstanden erklären. Selbst zugegeben, daß dies die ursprünglichen deutschrechtlichen Anschauungen gewesen, jedenfalls entsprechen sie heute weder der allgemeinen Uebung noch der allgemeinen Anschauung. Wir möchten uns dagegen den Ansichten, welche Herr Appellationsgerichts-Rath Dr. Binding vor kurzem in der „Allgem. Zeitung“ (1874, Beilage Nr. 18 und 19) vertreten hat, entschließen und als Grundlage für die bevorstehende Gesetzgebung die sogen. Errungenschaftsgemeinschaft vorschlagen. Vor allem ist mit Entschiedenheit der Ansicht derer entgegen zu treten, welche wie der königl. bayer. Justizminister Hr. Dr. v. Fäustle am 4. Dezember v. Js. in der bayerischen Kammer den Reichsräthen erörterte, das Gebiet des ehelichen Güter- und Erbrechtes von der einheitlichen Regelung ausgenommen wissen wollen. Das ganze Gesetzgebungswerk würde einen sehr großen Theil seines Werthes verlieren, wenn gerade dieses meist bestrittene und meist zersplitterte und darum der gesetzgeberischen Ordnung am meisten bedürftige Rechtsgebiet der

Gesetzgebung der Einzelstaaten überlassen, mit anderen Worten in d
bisherigen verwahrlosten Zustande belassen bliebe. In dieser Beziehu
vertrauen wir auf die Einsicht des Reichstags. Von allen bestehend
Güterrechts-Systemen dürfte sich aber das System der Errungenschaf
Gemeinschaft am meisten zum Ausgangspunkt der Gesetzgebung eign
weil es nicht nur schon jetzt die relative Mehrheit des deutschen Vol
(13 Millionen) für sich hat, sondern auch durch seine Bestimmungen
maßvolle Mitte zwischen der Alleinherrschaft des Mannes und dem harten Dotalsystem mit seiner Mißachtung der Frau einhält und gerade darum muß es sich für die künftige einheitliche Gesetzgebung besonders empfehlen, denn seine Einführung würde sich ohne große Umwälzung in allen Theilen Deutschlands leicht vollziehen lassen. Hiernach würden sich folgende Sätze als Ausgangspunkte empfehlen: Durch die Eingehung der Ehe wird das Eigenthum an dem Vermögen der Ehegatten nicht verändert; zu Verfügungen über das Vermögen ist während der Ehe Mitwirkung beider Ehegatten erforderlich, wenn es sich um Liegenschaften handelt; über die Fahrhabe steht dem Manne allein, über zur häuslichen Wirthschaft gehörige Gegenstände der Frau allein die Verfügung zu; für Schulden haftet beider Vermögen, wenn sie zu Zwecken der Ehe eingegangen wurden, für die Schulden des Mannes übernimmt die Frau die Mithaftung, wenn sie bei der Contrahirung mitgewirkt hat. Bei Auflösung und zwar bei beerbter Ehe fällt die gesammte Fahrhabe und alles während der Ehe Erworbene dem überlebenden Ehegatten zu, das unbewegliche Vermögen des verstorbenen Gatten fällt an die Kinder, dem überlebenden Gatten steht jedoch die Nutznießung daran bis zur Großjährigkeit der Kinder zu. Dem liegenden Gut endlich dürften, dem gegenwärtigen Standpunkte unserer Wirthschaft entsprechend, Kapitalien gleich geachtet werden. Bei kinderloser Ehe müßten dem überlebenden Gatten die ganze Errungenschaft und das Mobiliarvermögen als Eigenthum und der Nießbrauch an dem liegenden Gut (incl. Kapitalien) des Verstorbenen zufallen. Selbstverständlich sollen damit nur die Grundlagen angedeutet werden, eine weitere Ausführung dieser wichtigen Frage würde den bei dieser Gelegenheit zur Verfügung stehenden Raum weit überschreiten. Insbesondere bleiben die Fragen, welcher Spielraum der vertragsmäßigen Regelung vorzubehalten sei, in wie weit gewisse Erbvorrechte z. B. beim bäuerlichen Besitz, bei Fideicommissen u. s. w. zu berücksichtigen seien, unberührt. Die Bocke'schen Vorschläge aber dürften sowohl bei der Praxis, wie bei der Wissenschaft auf vielfachen Widerspruch stoßen, namentlich aber würden sie auch den Gewohnheiten in den Städten durchaus nicht entsprechen.

Als Anhang hat Bocke jenem Werke 200 bisher ungedruckte Quellen (meist Gerichtsurtheile und Urkunden) aus Franken, Schwaben und Bayern angefügt, welche vielfach willkommen sein werden.

Zum Schluß sei noch auf ein fleißig gearbeitetes Schriftchen aufmerksam gemacht; es ist dies: „Historisch-dogmatische Darstellung der Verhätnisse bei beerbter Ehe nach den bayerisch-schwäbischen Stadtrechten. Inauguraldissertation von Ludw. Aug. Müller. Nördlingen, Beck 1874. (50 S.). Dasselbe behandelt die Rechte von Lindau, Dinkelsbühl, Kempten, Nördlingen, Kaufbeuren, Augsburg und Memmingen und ist namentlich deshalb ein nicht unwichtiger Beitrag zur deutschen Rechts-

Geschichte, weil darin viele bisher ungedruckte Quellen benutzt und theilweise mitgetheilt sind und insbesondere, weil es eine gründliche Klarlegung des allmählichen Ueberganges von dem Verfangenschaftsrechte zu dem jetzt geltenden Güterrechte (allgemeine Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft und Dotalrecht) enthält und darum nicht allein von rechtshistorischer Bedeutung sein dürfte.

Augsburg, Ende Februar 1874. J. v. Gosen.

4.

Ueber einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio. Eine civilistische Abhandlung von Dr. jur. Friedrich Schulin, Privat-Docent an der Universität Marburg. Marburg, Verlag von Wilhelm Braun.

In den Justinianischen Rechtsbüchern finden sich wiederholt Fälle einer befremdenden Anwendung des Vindicationsanspruchs. Hierzu gehört beispielsweise der als actio in rem bezeichnete Anspruch des Schenkers auf den Todesfall gegen den Beschenkten nach l. 29. D. 39. 6, des Schenkers unter einer Voraussetzung gegen den Beschenkten bei Nichterfüllung der Voraussetzung. Während nämlich regelmäßig und zweifellos der Vindicationsanspruch dem nichtbesitzenden Eigenthümer gegen den besitzenden Nichteigenthümer zusteht, erregt in den bezeichneten Fällen gerade der Punkt Zweifel, ob denn der sein Recht gegen den Beklagten mit seiner in rem actio Ansprechende auch wirklich wahrer Eigenthümer ist. Will man dies annehmen, so sieht man sich zu der Annahme gedrängt, daß der Kläger Eigenthum nicht durch die regelmäßigen Erwerbsarten erworben hat, sondern durch Gesetz: denn um bei den obigen Fällen zu bleiben, auf welche Weise sonst soll der Schenker, der auf den Beschenkten sein Eigenthum übertragen hat, ohne weiteres Rechtsgeschäft Eigenthum zurückgewinnen?

Um die doch immerhin gewagte Annahme, daß der Vindicationsanspruch der Ausdruck des übergegangenen Eigenthumsrechts sei, zu vermeiden, sind neuerdings verschiedene Versuche gemacht worden. Darunter ist ausgezeichnet die Ihering'sche Erklärung, welche, indem sie gleichzeitig die Unmöglichkeit der Annahme eines Ueberganges des Anspruchs — nicht des Rechts — im Wege der Cession nachweist, das Räthsel in der Weise zu lösen sucht, daß der als actio in rem bezeichnete Anspruch nur eine andere Form der Geltendmachung des obligatorischen Anspruchs und daher namentlich gegen jeden dritten Besitzer ausgeschlossen sei.

Die oben genannte Abhandlung des Verfassers will nun eine andere Lösung geben. Ohne eigentlich eine Kritik der Ihering'schen Ansicht zu üben, spricht sie sich dahin aus, daß der Mangel dieser Theorie darin gelegen sei, daß ganz verschiedenartige Anwendungsfälle als gleichartig oder doch nahe verwandt zusammengestellt seien. Zwar liege den sämmtlichen Fällen ein und dasselbe Prinzip zu Grunde, aber „verschiedene

juristische Constructionen". In allen diesen Fällen sei nämlich jener dingliche Anspruch nichts weiter, als der gewöhnliche Publicianische Anspruch, die Konstruktion aber in einer Reihe derselben die, daß es sich um eine Publiciana des gewesenen Eigenthümers gegen den jetzigen Eigenthümer handelt: in einer Reihe anderer sei jene actio in rem als Publiciana in der Weise zu konstruiren, daß eine Person, die eine Sache in eigenem Namen angeschafft und Eigenthum erworben hat, als der unmittelbare Stellvertreter des Klägers fingirt wird.

Der erste Abschnitt (S. 1—156) der sich mit der Publiciana in ihrer ersten Anwendung beschäftigt, ragt an Ausdehnung und virtuell vor den folgenden hervor; wir wollen daher die bezüglichen Auseinandersetzungen des Verfassers kurz verfolgen. Außer den bereits oben berührten Fällen (S. 56—81, 85—88), in denen dem Schenker unter bestimmten Voraussetzungen gegen den Beschenkten eine dingliche Klage — sie heißt außer in rem actio auch utilis actio (l. 30, D. 39. 6); actio qua dominium pristinum restituatur, vindicatio (c. 1 C. 8. 55) — gegeben wird, werden vom Verfasser die folgenden angeführt:

1. der Anspruch des zur Eigenthumsübertragung gezwungenen Eigenthümers (S. 19—48), bezeichnet als in rem actio l. 9 § 4. 6. D. 4. 2. c. 3 C. 2. 20. Paul. S. R. I. 7 § 4);
2. der Anspruch des gewesenen Bräutigams, der der gewesenen Braut rücksichtlich der dem anderen Theil gemachten Geschenke bei dem von demselben verschuldeten Nichtabschluß der Ehe (S. 82—85), bezeichnet als utilis in rem actio (c. 15 C. 5. 3);
3. der Anspruch der geschiedenen Ehefrau rücksichtlich einer von ihr bestellten Dos (S. 48—55), bezeichnet als Publiciana actio (l. 12. pr. D. 6. 2).
4. der Anspruch des gewesenen Eigenthümers gegen den gegenwärtigen Eigenthümer für den Fall einer Restitution gegen den Eigenthums-Verlust (S. 124—145).

Hierzu kommen noch:

5. der Anspruch des gewesenen Eigenthümers eines auf fremden Grund und Boden verpflanzten Baumes und des früheren Eigenthümers einer von einem andern bemalten Tafel (S. 89—98), bezeichnet als utilis in rem actio, utilis actio (l. 5. § 3. D. 6. 1., l. 9. § 2. D. 41. 1., Gaj. Inst. II. 78);
6. der Anspruch des früheren Eigenthümers von durch Specifikation in eine neue Sache verwandeltem Material (S. 98—123), bezeichnet als utilis actio (l. 30. D. 24).

In allen diesen Fällen handelt es sich nach dem Verfasser um eine dem früheren Eigenthümer einer Sache zur Verfolgung derselben zustehende Publicianische Klage und zwar aus folgenden Erwägungen. Diese Klage hatte der Eigenthümer, so lange er ein solcher war: durch den eingetretenen Eigenthumsverlust hat er indeß nicht auch die Publiciana verloren, denn die Zuständigkeit derselben beruht nicht auf einem Recht, sondern auf Thatsachen, und die einmal vorhandenen Thatsachen (gutgläubiger Besitzerwerb einer ersitzungsfähigen Sache) werden durch später eingetretene Thatsachen nicht ungeschehen gemacht. Die Publiciana hat sonach ein jeder frühere Eigenthümer, und zwar gegen Jedermann, also auch gegen den gegenwärtigen Eigenthümer. Aber Erfolg hat sie regel-

mäßig nur, wenn der Beklagte gar kein Recht an der in Anspruch genommenen Sache hat; berechtigten Besitzern gegenüber wird sie nur dann wirksam sein, wenn der frühere Eigenthümer im Stande ist, die Einrede des Eigenthums (exceptio justi dominii) oder sonstige auf ihr oder ihres Autors Recht gestützte Einreden mit einer replicatio zurückzuschlagen oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erlangen. Aus diesem Standpunkt erklären sich die obigen Fälle. Diese replicatio nun gründet sich regelmäßig auf eine dem Beklagten obliegende Restitutionspflicht, indem der Kläger replicirt, daß es dolos gehandelt sei, sich der Klage gegenüber auf sein Recht zu berufen, da er verpflichtet sei, dasselbe an den Kläger zu restituiren. Dieses Verhältniß liegt nach Ansicht des Verfassers außer in den oben verzeichneten Anwendungen bezüglich des Schenkers vor in den Fällen 1., 2. und 3. Der Kläger kann hier die Einrede des Beschenkten beispielsweise damit zurückweisen, daß die Voraussetzungen vorliegen, unter denen gesetzlich eine Rückrufung der Schenkung zulässig sei. Je nachdem nun diese Verpflichtung zur Restitution nur eine einer bestimmten Person obliegende, oder eine einer größeren Anzahl obliegende ist, wird der alte Eigenthümer durch seine Publiciana einen größeren oder geringeren Schutz für sein Recht auf Wiedererlangung der Sache genießen. Einen größeren Schutz genießt so der zur Eigenthumsübertragung gezwungene frühere Eigenthümer, indem er die replicatio einem jeden gegenüber hat, der in Folge des Zwanges die Sache oder ein Recht an ihr erhalten hat, während in den übrigen hier in Betracht gezogenen Fällen die Replik nur gegen den ersten Empfänger der Sache zusteht.

Bisweilen hat aber auch die Replik einen andern Sachverhalt, nämlich den, daß es von dem Beklagten dolos gehandelt sei, wenn er sich auf sein Recht berufe, ohne einer ihm wegen des Eigenthumsverlustes des Klägers obliegenden Ersatzpflicht gerecht zu werden. Diesen Inhalt hat nach dem Verfasser die Replik in den Fällen 5 und 6. Endlich aber wird der Erfolg der Publiciana in dem zu 4 erwähnten Fall überhaupt nicht durch Gewährung einer replicatio, sondern durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegenüber der exceptio justi dominii oder entsprechenden Einreden des Beklagten erreicht.

Ist nun in den angegebenen Fällen der Anspruch, wenn man ihn als publicianischen auffaßt, keine Singularität, sondern beruht derselbe auf allgemeinen Grundsätzen, so ist die Annahme des Verfassers nur folgerichtig, daß die Zulässigkeit desselben nicht auf die angeführten Fälle zu beschränken ist, sondern anzuerkennen ist in allen Fällen, wo es dem früheren Eigenthümer möglich ist, die exceptio justi dominii oder ähnliche Einreden des Beklagten durch eine replicatio oder mittels in integrum restitutio zu elidiren. Hierzu gehörte nach dem Verfasser das ganze Gebiet der Fälle, wo eine Sache ob rem hingegeben wird, „diese res aber non sequitur". Ein anderes Anwendungsgebiet sind die Fälle einer resolutivbedingten Eigenthumstradition.

Der dingliche Anspruch soll also in den im Abschnitt 1 behandelten Fällen die publizianische Klage des früheren Eigenthümers sein. Es mag nun dahingestellt bleiben, ob die Voraussetzung, von der der Verfasser ausgeht, daß die Publiciana dem Eigenthümer zustehe, richtig sei: meines Erachtens ließe sich über diese freilich allgemein herrschende Auffassung wohl streiten. Wenn aber der Verfasser einmal dieser Auffassung beitritt,

so sehe ich nicht ein, warum er dem Verklagten, soweit derselbe Eigen thümer ist, stets nur die Einrede des Eigenthums in den Mund legt denn er konnte sich doch offenbar auch seinerseits mit Berufung auf sein publicianischen Besitz oder mit einer Einrede wegen Arglist, nach A der exceptio rei venditae et traditae, begnügen. Aber freilich hätte di Erwägung dieser Möglichkeit, die der Verfasser gar nicht in Betrach zieht, denselben wohl nicht abgehalten, bei seiner Konstruktion der Klage zu bestehen.

Meines Erachtens wird man dem Verfasser sodann zugeben müssen, daß die von ihm versuchte Konstruktion des in Rede stehenden Anspruchs möglich sei, soweit es sich seitens des früheren Eigenthümers einer Sache um Rückforderung derselben Sache handelt. Es erscheint mir darum wohl denkbar, daß die Römer in den Fällen der Rückforderung einer Schenkung und in den Fällen 1 bis 4 der publicianischen Klage dadurch Erfolg verschafft hätten, daß sie die Einrede des Eigenthums et caet. durch eine Gegenrede des Klägers aufhoben. Aber wahrscheinlich ist diese Konstruktion in Wahrheit nicht. Der Kläger kommt erst in der Replik zu seinem Recht. Lag es nicht näher, wenn man dem Kläger einmal einen wirksamen Anspruch einräumen wollte, ihm eine sofort darauf zubereitete Formel zu gewähren, sei es nun durch Wegfingiren des Eigenthumsrechts eines Dritten oder durch Umstellung in einer Formel, deren intentio auf den wahren Eigenthümer gestellt war, während die condemnatio zu Gunsten des Klägers lautete? Wie wenig wird denn auch die Konstruktion des Verfassers durch den Sprachgebrauch unserer Quellen begünstigt. Von Fall 3 und 4 abgesehen, ist der Anspruch stets nur als in rem actio bez. utilis bezeichnet. Nehmen wir an, die utilis actio, welche gegeben wird, sei der publicianische Anspruch: so wäre damit immer nur gesagt, daß dieser Anspruch zustehe. Aber nicht, daß dieser Anspruch überhaupt zusteht, ist für diese Fälle charakteristisch; sondern, daß er mit Erfolg zusteht, näher: daß die übrigens begründeten Einreden gehemmt werden. Nach des Verfassers Auffassung wäre sonach nicht das Gewähren der utilis actio hervorzuheben, sondern die Zulassung einer replicatio. Oder bedeutet etwa das Attribut utilis eben schon den Erfolg des Anspruchs? Dies wäre wohl denkbar; aber der Verfasser fände dann, wenn er das utilis diesem Sinn opfert, in der puren Bezeichnung des Anspruchs als in rem actio auch nicht einmal ein entferntes Argument für seine Konstruktion.

Der Name der Publiciana findet sich außer in den Stellen zu 4, wovon sogleich näher, noch in der Belegstelle des dritten Falls. Doch ist meines Erachtens dieses Fragment viel unschuldiger, als der Verfasser meint. Ich finde darin nichts weiter, als den Ausspruch des trivialen Satzes, daß auch auf Grund eines Schenkungstitels der Publicianische Anspruch zuständig ist: die publicianische Klage stehe zu der beschenkten Braut, auch gegen den Bräutigam; denn die Schenkung ist giltig, habe der Kaiser bei Gelegenheit eines im übrigen gar nicht hierher gehörigen Rechtsfalles geäußert. Scheinbarer ist freilich die Berufung auf ein dem Fall 4 angehöriges Fragment. Es ist dies die bekannte Stelle aus Papinians Responsen (l. 57 D. 17. 1) wo der frühere berechtigte Besitzer gegen einen Eigenthumsverlust von Sklaven, den er durch

eine während seiner Abwesenheit vollzogene Erhöhung seitens eines Dritten erlitten hat, restituirt werden soll. Es heißt in der Florentina: ... reversum Publiciana actione non utiliter acturum, cum exceptio justi dominii causa cognita detur. Gewöhnlich liest man, da der Florentinische Text verkehrt erscheint, non inutiliter. Der Verfasser nimmt hier mit Savigny an, daß es sich um eine einfache Publicianische Klage handelt. Nur in sofern differiren Beide, als Savigny die Stelle in dem Sinne versteht, daß er die Einrede des Eigenthums causa cognita abgeschnitten wissen, während der Verfasser dem Kläger wiederum nur durch eine replicatio helfen will. Ich glaube, daß von diesen beiden Ansichten die Savigny'sche die einzig mögliche ist; denn der Satz cum — detur scheint mir mit der Ansicht des Verfassers kaum vereinbar. Die Savigny'sche Auffassung dürfte aber meines Erachtens noch eine erhebliche Stütze gewinnen, wenn man der Florentina in sofern gerecht würde, als man ihre Worte acceptirte, dagegen eine Umstellung des non vornähme, also folgender Art:

... reversum Publiciana actione utiliter acturum, cum exceptio justi dominii causa cognita non detur.

Zweifelhaft erscheint mir übrigens, ob es sich hier in der That um eine einfache Publiciana handelt und nicht um eine rescissoria. Indeß wenn dies auch nicht der Fall sein sollte, wie einfach wußte man hier zum Ziele zu kommen, eben mit einer bloßen Klage. Aber evident irrthümlich scheint mir, wenn der Verfasser auch in einer Anzahl anderer Stellen, in denen von einer Publicianischen Klage als wirksamem Rechtsmittel gegen Eigenthumsverlust, für den Fall einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die Rede ist, wenn er in den Fällen der sogenannten actio rescissoria die gemeine Publicianische Klage in der von ihm beliebten Konstruktion vermuthet. Die bekannte Institutionenstelle (§ 3—5 S. 4. 6) scheidet deutlich zwei Klagen, die Publicianische und die rescissorische. Die Bezeichnung rescissoria für die normale Publiciana wäre nach seiner Auffassung unerfindlich. Es sei dahingestellt, ob auch die rescissoria den Namen der Publiciana hatte; als Argument dagegen kann man jedenfalls nicht die verschiedene Funktion und Bildung der rescissoria einerseits und der normalen Publiciana andererseits anführen, denn mir will scheinen, als sei der Ausdruck Publiciana überhaupt weniger die Bezeichnung für eine spezielle Klage, als ein Gattungsbegriff gewesen. Dies beiläufig.

Ist nun so meines Erachtens die vom Verfasser entwickelte Ansicht zwar denkbar, aber unwahrscheinlich, soweit es sich um den Anspruch des früheren Eigenthümers auf Rückforderung seiner alten Sache handelt, so scheint es mir dagegen ganz verfehlt, wenn er auch die Fälle 5 und 6 in gleicher Weise konstruirt. Die Publiciana wird hier gewährt, ohne daß der Kläger früher die Publiciana jemals gehabt hat. Für den Fall der plantatio arboris wollen wir das dahingestellt sein lassen. Das Fragment spricht sich nicht darüber aus, worauf denn eigentlich der Anspruch geht. Für den Fall der Bemalung der Tafel und der Spezifikation aber ist es unzweifelhaft, daß der Kläger gar nicht Eigenthümer der bemalten Tafel und der neuen Sache gewesen, bezüglich ihrer daher niemals zur Publiciana berechtigt gewesen ist. Mit welchen gewaltsamen Mitteln der Verfasser nichts destoweniger seine Theorie durchzuführen sucht, mag man

bei ihm nachlesen; ich glaube nicht, daß sich dieser Theil seiner Arbeit Freunde erwerben wird.

Und besser scheint es mir auch nicht um den zweiten Abschnitt (S. 155—195) bestellt zu sein, bei dem ich mich nur auf das Nothwendigste beschränken will. Der Verfasser lehrt, daß als publizianische Klagen aufzufassen sind die in folgenden Fällen erwähnten Ansprüche:

1. der als utilis actio ad rem vindicandam bezeichnete Anspruch des Mündels bezüglich der von seinem Vormund mit Mündelgeld angeschafften Sachen (l. 2 D. 26. 9. — S. 164—177);
2. die utilis vindicatio des Soldaten bezüglich der mit seinem Gelde angeschafften Sachen (c. 8. C. 3. 32. — S. 177—188);
3. die actio in rem utilis der Ehefrau bezüglich derjenigen Sachen, welche der Ehemann mit dem von ihr geschenkten Gelde angeschafft hat (l. 55. D. 24. 1. — S. 188—193).

Die Publiciana beruht hier auf der Fiktion, daß der Mündel, Soldat oder Ehemann die Sache als unmittelbarer Stellvertreter des Klageberechtigten angeschafft und so derselben die Publiciana erworben hat! Hierzu sei nur eine Frage erlaubt: wie kann diese actio ficticia mit Fiktion als actio utilis bezeichnet werden? Sie wäre eine utilis utilis actio.

Der letzte Abschnitt endlich (S. 195—201) enthält die Auslegung zweier Fragmente, in denen die Publiciana in der im ersten wie im zweiten Abschnitt erörterten Anwendung erscheinen soll. Das eine behandelt den Fall, wo dem Patron zum Zwecke des Widerrufes der von ihm seinem Liberten gemachten Geschenke, nach einer übrigens völlig willkürlichen Leseart, eine in rem actio sowohl auf Rückgabe der noch vorhandenen, wie der mit dem geschenkten Gelde angeschafften Sachen gegeben wird (c. 1. C. 8. 56 — S. 197—201). Der zweite Fall (S. 202—211) sodann handelt von der in rem actio der Frau nach Auflösung der Ehe zum Zweck der Erlangung der Herausgabe der von ihr oder für sie bestellten Dos. Während sich die Natur des Anspruches als eines publizianischen für den Fall einer seitens der Frau selbst bestellten Dos für den Verfasser aus dem ersten Abschnitt ergibt, muß die im zweiten Abschnitt versuchte Konstruktion herhalten, um diese in rem actio auch bei anderweiter Bestellung als Publiciana auszugeben. Schließlich versucht der Verfasser noch nachzuweisen, daß sich die Zulässigkeit eines direkten dinglichen Anspruches, bez. seiner Publiciana, seitens der Ehefrau auch auf die mit Dotalgeld angeschafften Sachen erstreckt.

Heidelberg. Dr. Max Cohn.

5.

Menger, Dr. Anton. Die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen. — Wien 1873. A. Hölder (Beck'sche Univ. Buchhandl.) 1873. 8. IV u. 172 S.

Während das vielbekämpfte Rechtsmittelsystem des Entwurfes der deutschen Civilprozeßordnung in dem Referenten über diesen Entwurf im Bundesrathe, dem bayerischen Justizminister, nach dessen Ankündigung in der bayerischen Ständekammer einen neuen gefährlichen Gegner gefunden

…t und in Folge dessen die Vertagung des ganzen Gesetzgebungswerkes ad calendas graecas große Wahrscheinlichkeit gewinnt, kommt in der vorliegenden Schrift eine Stimme aus Oesterreich dem Entwurfe grade in Bezug auf die Versagung neuer thatsächlicher Erörterung des Rechtsstreites in zweiter Instanz zu Hülfe. Die Beschlüsse des deutschen Juristentages und des Anwaltstages und eine Anzahl literarischer Erzeugnisse beweisen zur Genüge, daß ein erheblicher Bruchtheil unserer praktischen Juristen die bisherige Einrichtung des Instanzenzuges mit dem bayerischen Minister für unentbehrlich und den Sprung in eine unbekannte neue Ordnung für bedenklich hält. Die Rechtsgewöhnung kann sich nicht davon losmachen, die wiederholte Erörterung des nach den Winken des ersten Urtheils ergänzten thatsächlichen Materiales für die alleinige solide Grundlage wahrer Rechtspflege zu halten, eine Grundlage, welche durch die Aufgabe des Eventualprinzips und der erstinstanzlichen Prozeßabschnitte so wenig ersetzt werden kann, daß vielmehr durch solche Neuerungen für das durch die Brille der Gewöhnung sehende Auge der geordnete Prozeß sich in ein tumultuarisches Verfahren auflöst. Dem gegenüber beruht die Vorliebe des Verfassers unserer Schrift für das System des Entwurfes zunächst ebenfalls auf praktischer Erfahrung, da dasselbe System in seinen wichtigsten Bestandtheilen für Oesterreich in langjähriger ungeschmälerter Wirksamkeit besteht, ohne daß dadurch, wie der Verfasser (S. 4) bezeugt, wesentliche Interessen der Rechtspflege irgendwie gefährdet wären.

Der Verfasser bietet eine eingehende rechtsgeschichtliche Untersuchung über das Verhältniß der verschiedenen Gesetzgebungen zur Zulassung neuer thatsächlicher Anführungen in den höheren Instanzen. In Rom wurde, seit überhaupt ein Berufungsverfahren stattfand, auch die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens zunächst stillschweigend — wegen der unbeschränkten Machtvollkommenheit des angegangenen Kaisers —, späterhin durch ausdrückliche Vorschriften anerkannt. Nur zeitweilig war dieselbe bei Appellationen gegen die Urtheile der höchsten Gerichte im kaiserlichen Tribunal ausgeschlossen, weil diese Gerichte volle Gewähr für die Richtigkeit ihrer Feststellungen zu bieten schienen (§ 2). Die römischen Rechtsgrundsätze sind mit geringen Modifikationen in das kanonische Recht übergegangen und haben in Deutschland mit dem romanischen Recht Annahme und Anerkennung gefunden (§ 3). In Oesterreich und Frankreich sind entgegengesetzte Strömungen erkennbar. Während die deutschen Stammländer Oesterreichs und der Norden Frankreichs, wo das coutümiaire Recht festgehalten wurde, der Zulassung von Neuerungen in der höheren Instanz abhold sind, lassen die böhmischen Länder Oesterreichs und der nach römischem Recht lebende Süden Frankreichs die neuen Anführungen früh ohne Beschränkungen zu. In der neueren österreichischen Gesetzgebung gewinnt dann der Grundsatz der Concentration des gesammten thatsächlichen Stoffes in der unteren Instanz die Oberhand (§ 4); das französische Recht dagegen adoptirt die Zulässigkeit neuen Vorbringens wenigstens für die zweite Instanz, während es dieselbe für die Ueberprüfung in der Cassationsinstanz ausschließt. Diesem französischen Muster folgt die Mehrzahl neuerer Gesetzgebungen (§ 5).

Jedenfalls läßt sich hiernach ein nicht unerheblicher Widerstand gegen die Annahme des romanischen Grundsatzes da, wo sonst deutsche

Rechtsgewöhnung die Oberhand hatte, als festgestellt annehmen. De Verfasser erklärt die unter den deutschen Juristen vorherrschende Mei nung von der Nothwendigkeit der Berufung in facto an Stelle ein bloßen revisio in jure einfach aus den Nachwirkungen der Epoche, i welcher in Deutschland französisches Wesen und französische Institution einer übertriebenen Werthschätzung begegneten (S. 170). Die eigene An sicht begründet er in der Einleitung und im Schlußparagraphen de Buches etwa in folgender Weise:

Wenn überhaupt an einer Mehrheit von Instanzen festzuhalten is so liegt der Werth dieser Einrichtung nicht in einer wiederholten Prüfun der Rechtsfälle, sondern in der Prüfung durch einsichtigere Richter, vo welcher Aufdeckung der thatsächlichen oder rechtlichen Irrthümer des et rechtswidrigen ersten Urtheiles zu erwarten ist. Wegen der Schwierig keit der Auswahl dieser Richter suchen alle Gesetzgebungen die Geschäft thätigkeit der höheren Instanzen extensiv (durch Ausschließung einzelne Rechtssachen vom Instanzenzug) und intensiv (durch Beschränkung de Prüfung des höheren Richters) einzuschränken. Die intensive Beschrän kung des zweiten Richters durch Ausschließung neuer Thatsachen und Be weismittel in zweiter Instanz, wie sie dem Vorwurf entgeht, die Rechts sachen der vermögenden Volksklassen mit höheren Objekten zum Nach theil der ärmeren Theile des Volkes zu begünstigen, entspricht dem Zweck überall den einsichtigeren Richter entscheiden zu lassen. Denn währen der Richter zweiter Instanz die Rechtsfrage oft besser als der Richte erster Instanz wird beantworten, und was in das Gebiet der Rechts frage fällt, Irrthümer in der Subsumtion der Thatsachen unter die Rechts regel wird berichtigen können, so ist der erste Richter zumal bei freie Beweiswürdigung der geeignetste Finder des Urtheiles über die That frage. Er steht der Sprachweise der Betheiligten am nächsten, ihm allei können die Parteien und Auskunftspersonen in der Regel unmittelba gegenüber treten. Werden also neue Thatsachen oder Beweise in zweite Instanz zugelassen, so entzieht der Mangel der Concentration des ge sammten thatsächlichen Materiales in der ersten Instanz einen Theil des selben grade dem kundigsten Richter und stellt die Prüfung des wenige geeigneten, der überdies das Prozeßmaterial größtentheils nur au zweiter Hand erlangen kann, über die des geeigneten.

Des der Hauptinhalt der Mengerschen Schrift, die vornehmlich i ihrem rechtshistorischen Theile einen dankenswerthen Beitrag zur Lösun der vorliegenden Frage bietet. Angeschlossen sind noch einige Ausfüh rungen über die Art und Weise, in welcher das Prinzip in dem Entwur der Civilprozeßordnung durchgeführt ist. Die ausnahmsweise Zulassun einer Berufung gegen die Entscheidungen der Amtsgerichte findet zwa den Beifall des Verfassers, aber nicht ohne mißbilligende Bemerkunge über die finanziellen Gründe, welche den deutschen Militärstaat dara hindern, für alle Rechtssachen die Justiz kollegial zu organisiren. Al ob die Staatsfinanzen den einzigen oder wesentlichsten Grund für Zu weisung geringfügiger Sachen an Einzelrichter bildeten, da doch die Noth wendigkeit einer billigeren Justiz für diese Sachen, also das Interesse de Rechtsuchenden selbst, und der Mangel einer ausreichenden Zahl juristisch gebildeter Richter zu dieser Einrichtung überall nöthigen, wo man be einer Kollegialverfassung Kollegien von Juristen im Auge hat. Hoffentlic

werden auch alle deutschen Staaten dahin gelangen, daß der Einzelrichter nicht nothwendig, wie der Verfasser annimmt, „mit ungeübten Händen“ an das Werk der Rechtsprechung herangeht. Nicht daß Mißgriffe der Einzelrichter „nothwendig“ zu erwarten sind, wie der Verfasser meint, sondern der Wunsch, auch in den Sachen, die in der Regel am zweckmäßigsten vor dem Einzelrichter verhandelt und von ihm entschieden werden, der unzufriedenen Partei das Recht auf die kostspielige Verhandlung vor einem juristischen Kollegium und auf die vielseitige Erörterung in demselben möglich zu machen, ist der bei vollem Vertrauen in die Regel guter Rechtsprechung der Einzelgerichte in dem ihnen zugewiesenen Kreise durchgreifende Grund der zugelassenen Berufung an das Kollegialgericht. Der Verfasser hält freilich auch in Civilsachen eine ausgedehnte Theilnahme des Volkes an der Rechtsprechung für wünschenswerth und durchführbar, und von diesem Standpunkte aus möchte eine gleichmäßige kollegiale Behandlung aller Sachen in erster Instanz an sich denkbar sein, — ob aber solchen Kollegien die Vorzüge juristischer Kollegien vor dem Einzelrichterthum nachzurühmen sein würden, ist eine andere Frage.

Der § 481 des Entwurfes der Civilprozeßordnung, der (ähnlich dem § 257 der Strafprozeßordnung) prozessualische Gesetzesverletzungen aufführt, von denen der höhere Richter stets annehmen soll, daß auf ihnen das angegriffene Urtheil beruht, wird vom Verfasser als Quelle eines schädlichen Formalismus und als unnütz bezeichnet. Es ist richtig, daß die Streichung des Paragraphen einen aufrecht erhaltenen Rest von Formalismus beseitigen würde, für schädlich ist derselbe aber nicht zu halten, da kaum in irgend einem dieser Fälle auch bei freier Würdigung das höhere Gericht den Mangel für unwesentlich halten könnte. Ein Revisionsgericht, welches mit dem Verfasser eine unrichtige Entscheidung des ersten Richters über seine Kompetenz für unwesentlich halten könnte, weil auch das kompetente Gericht rechtlich ebenso entschieden haben würde, hätte damit die Vorschriften über das Recht, nur vor dem kompetenten Richter sich vollständig vertheidigen zu müssen, einfach aus dem Gesetz gestrichen. Irrthümlich scheint es ferner, wenn der Verfasser S. 153 bei Besprechung der Natur des Rechtsmittels der Revision ausführt, jeder Irrthum in der konkreten Beurtheilung thatsächlicher Verhältnisse enthalte eine Verletzung des Gesetzes und unterliege deshalb der Berichtigung durch den Revisionsrichter. Das Wesen der Subsumtion einer konkreten Thasache unter die Rechtsregel beruht auf dem Bewußtsein der Kongruenz von Begriff und Thatsache. Wie der Verfasser S. 198 richtig ausführt, ergiebt sich dies Bewußtsein als nothwendige Folge, wenn die Auffassung der Rechtsregel klar und die Beurtheilung der Thatsachen richtig. Ist ein Irrthum in einer der Grundlagen der angenommenen Kongruenz vorhanden, so ist die Beurtheilung falsch. Die Auffassung des Rechtes kann dabei eine ganz richtige und nur die thatsächliche Auffassung braucht irrig sein, und wenn dies der Fall, ist die Revision des Entwurfes unstatthaft. Auf das Gebiet der Frage, wie das Sachverhältniß thatsächlich aufzufassen ist, erlaubt der Entwurf dem Revisionsrichter nur bei Auslegung der Urkunden einzugehen. Der Verfasser meint auch hier, die irrthümliche Auslegung einer Urkunde schließe stets eine fehlerhafte Anwendung der Rechtsregel in sich, er bekämpft deshalb den § 479 des

Entwurfes als unnöthig, so sehr er mit der Vorschrift einverstanden ist. Auslegung einer Urkunde ist aber nichts als thatsächliche Feststellung des wahren Willens, der durch die urkundliche Erklärung zum Ausdruck gebracht ist. Ein Verstoß gegen ein Gesetz liegt nur vor, wenn auf den festgestellten wahren Willen eine Rechtsregel mißverständlich angewandt, ein gesetzlicher Begriff, das Wesen und die Natur eines Rechtsinstituts verkannt ist; aber die Zulässigkeit der Revision soll durch § 479 auch auf die Fälle erstreckt werden, in denen mit richtigen Rechtsbegriffen operirt und rein thatsächlich in der Willensmeinung geirrt ist. Gegen 479 ist nicht einzuwenden, daß er unnöthig, sondern daß er zu eng ist, daß er sich nicht auch auf Auslegung von Willenserklärungen bezieht, die in ihrem Wortlaut von dem ersten Richter durch andere Mittel als auf Grund eines urkundlichen Nachweises thatsächlich festgestellt sind.

Wenn endlich der Verfasser, um dem Revisionsrichter das Urtheil zu ermöglichen, ob prozessualische Verstöße vorgekommen sind, eine ergänzende Vorschrift fordert, nach welcher eine Darstellung „des Verfahrens" vom Richter oder den Parteien bei eingelegter Revision dem Richter unterbreitet werde, so ist diese Ausstellung gegen den Entwurf, insoweit etwas Anderes gefordert wird als § 269 Nr. 3 dem Richter zur Pflicht macht, schwer verständlich. Jedenfalls wird § 269 Nr. 3 dem wirklichen Bedürfniß vollständig genügen.

Greifswald. Eccius.

4.

Zum deutschen Obligationenrecht.

Von Behrend.

(Fortsetzung.)

II.

Das Resultat der bisherigen Erörterung ist: das Versprechen kann in gewissen Fällen eine Haftung, abgesehen von der Pollicitatio aber niemals eine Schuld des Promittenten begründen. Zur Entstehung der letzteren gehört noch entweder die Annahme, d. h. das Versprechen muß zum Vertrage werden — oder es muß wie bei der Auslobung ein anderer Erwerbsakt hinzukommen.

In Bezug auf das geltende Recht darf sich diese Auffassung im Allgemeinen auf die Zustimmung Siegel's berufen.

Wie bereits hervorgehoben, erkennt S. selbst an, daß Schenkungsversprechen und Bürgschaft nach unserem derzeitigen positiven Recht den Verträgen zuzurechnen sind. Soweit seine Erörterungen darauf hinauslaufen, die Entbehrlichkeit der Annahme für diese und ähnliche Fälle darzuthun, sind sie demnach als eine Anforderung an den Gesetzgeber, nicht aber als ein Ausdruck des bestehenden Rechts zu betrachten.

Die Vorwürfe, welche S., um diese Anforderung zu begründen, der Jurisprudenz macht, daß sie zu willkürlichen Präsumtionen und Fictionen, zu unbegründeten „Annahmen von Annahmen" ihre Zuflucht nehme, um einen Vertrag herauszuconstruiren, sind großen Theils gerechtfertigt.

Allein ich vermag nicht anzuerkennen, daß hierdurch das thema probandum erwiesen wird. Mir scheint daraus viel mehr hervorzugehen, daß uns eine Verständigung über den Begriff des Vertrages und das Wesen der Annahme noth thut, als daß wir mit dem Prinzip des Vertrages zu brechen haben.

Hält man daran fest, daß unter einem Vertrag die bewußte auf Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtete Willensübereinstimmung zu verstehen ist, so darf doch, ohne diesem Begriff etwas zu vergeben, das Zugeständniß gemacht werden, daß nicht in allen Fällen die gleiche *Activität* des Willens seitens der einander gegenüber tretenden Personen erforderlich ist. Ist der Vertrag lediglich darauf gerichtet, die Rechtssphäre des *einen* Kontrahenten zu erweitern, so genügt seitens dieses letzteren ein, so zu sagen, *passiver* Wille; sein Wollen braucht nur auf die Aneignung der ihm zugedachten Erweiterung seiner Rechtssphäre gerichtet zu sein. Dies gilt für alle die Fälle, in denen man von einer s. g. *reinen* Annahme zu sprechen pflegt, bei denen es sich entweder um die Uebertragung eines Rechts oder um die Begründung einer Verpflichtung oder um die Befreiung von einer solchen handelt, ohne daß eine Gegenleistung ausbedungen wird.*)

In diesen Fällen muß es nun aber auch zum Zustandekommen des Vertrages genügen, daß die Erklärung dessen, der die Rechtsübertragung bewirken, die Verpflichtung begründen, die Befreiung herbeiführen will, dem anderen Paciscenten gegenüber erfolgt, d. h. mit dem Willen des Erklärenden zur Kenntniß des anderen Theils gelangt ist.**) Die s. g. reine Annahme ist so selbstverständlich, so sehr als der regelmäßige und natürliche Fall vorauszusetzen, daß es keiner ausdrücklichen Erklärung derselben bedarf. Wer einen für eine derartige Annahme geeigneten Willen äußert, dem ist dies von vornherein klar; er muß vernünftiger Weise, auch ohne daß ihm eine besondere Gegenerklärung zu Theil wird, das Bewußtsein haben, daß das seinen eigenen Willen deckende passive Wollen auf der anderen Seite vorhanden ist.

Mit dieser aus der einfachen, naturgemäßen Würdigung des Sachverhaltes sich ergebenden Auffassung haben wir uns zwar dem Siegel'schen Standpunkt genähert; die Grundlage des Vertrages aber ist hiermit doch nicht verlassen. Am deutlichsten ergiebt sich dies, sobald man voraussetzt, daß derjenige, dem gegenüber die Erklärung abgegeben ist, dieselbe zurückweist. Dann bleibt die Erklärung wirkungslos, eben weil in diesem Fall kein Consens und mithin auch kein Vertrag zu Stande gekommen ist. Dasselbe ist der Fall, wenn und so lange die Erklärung nicht zur Perception des Promissars gediehen ist. — Andererseits bedürfen wir hiernach nicht der von S. mit Recht getadelten künstlichen Behelfe fingirter oder präsumirter Acceptation, wie wir denn auch nicht zu der mißlichen, in der Praxis vielfach beliebten Auskunft zu greifen brauchen, wonach, wenn kein anderer Akt der Annahme zu ermitteln ist, diese schließlich in der Klageanstellung zu finden sein soll.

Die Rechtfertigung unserer Ansicht beruht, wie aus dem Gesagten

---

*) Es ist wohl kaum nöthig hervorzuheben, daß es sich hierbei keineswegs immer um Liberalitäten handelt.

**) Vergl. unten.

hervorgeht, wesentlich auf der Natur der Sache. Allein es fehlt ihr auch nicht an positiver Bestätigung. Aus den nachfolgenden Belegen ergiebt sich, daß dieselbe mit dem Standpunkt der römischen Juristen übereinstimmt.

Das constitutum ist nach römischem Recht unzweifelhaft ein Vertrag L. 1 pr. h. (13. 5.) hoc edicto praetor favit naturali aequitati, qui constituta ex consensu facta custodit. — L. 14 §. 3 eod: constituere et praesentes et absentes possumus sicut pacisci. Es kommen nun mehrere Fälle vor, in denen inter absentes per epistolam constituirt wird, allein in keinem derselben wird zur Gültigkeit des Constituts etwas anderes gefordert, als das emittere epistolam ad creditorem; von einer besonderen Erklärung der Acceptation seitens des letzteren ist nicht die Rede. L. 5 §. 3 h. Titius epistulam ad me talem emisit: scripsi me secundum mandatum Seji, si quid tibi debitum adprobatum erit, me tibi cauturum et soluturum sine controversia. — Tenetur Titius de pecunia constituta. — L. 26. h. Quidam ad creditorem literas ejusmodi fecit: Decem quae Titius ex arca tua mutua accepit — habes penes me, domine. Respondit secundum ea quae proponerentur actione de pecunia constituta teneri. — Vgl. auch L. 24, 31 eod. — Will man hier nicht subintelligiren, so muß man annehmen, daß, sobald die Aeußerung des Constituenten an den Gläubiger gelangt, auch der Vertrag perfekt wird.

Ganz in derselben Weise werden Schenkungen per epistolam erwähnt, ohne daß dabei einer Annahmeerklärung des Donatars gedacht wird, L. 27, 32, 35 de don. (39. 5).

Ebenso kann das pactum remissorium brieflich, d. h. durch Uebersendung einer schriftlichen Erklärung des Gläubigers an den Schuldner zu Stande kommen. L. 2 pr. de pact. (2. 14). Die Fälle der L. 40 pr. Tale pactum: profiteor te non teneri und der L. 41 eod. weisen auf einen solchen Erlaß hin. Eine besondere Acceptationserklärung darf nach dem Bisherigen auch in diesem Fall nicht vorausgesetzt werden.

Auch der Schulderlaß, der durch Rückgabe des Schuldscheins bewirkt wird, gehört hieher. L. 2 §. 1 eod. Denn der Erlaßvertrag wird hier perfekt, sobald der Schuldschein dem Schuldner zurückgegeben, also mit dem Willen des Gläubigers in die Hand desselben zurückgelangt ist. Denkt man sich einen Fall, in welchem diese Rückgabe inter absentes, ohne vorherige Verhandlungen stattfindet, so steht die Empfangnahme des Schuldscheins seitens des Schuldners auf einer Linie mit der Entgegennahme eines Briefes, in welchem ein Constitutum, ein Schenkungsversprechen oder ein Verzicht erklärt ist.

Ueberhaupt ist aus dem Gebiet des dinglichen Vertrages, auf welches wir durch das letzte Beispiel hinübergeleitet werden, an die Uebergabe unter Abwesenden zu erinnern. Sofern nicht die causa traditionis eine besondere Acceptationserklärung des Empfängers erforderlich macht, wird der Traditionsvertrag spätestens mit der Empfangnahme des übersendeten Gegenstandes perfekt, oder bei der brevi manu traditio und dem constitutum possessorium, sobald der Empfänger von der bezüglichen Erklärung des Tradenten Kenntniß erhält. L. 65 pr. de a. r. d. (41. 1): Si epistulam tibi misero, non erit ea tua antequam tibi reddita fuerit. L. 10 de don. (39. 5): Absenti sivi mittas qui ferat, sive quod ipse habet sibi habere eum jubeas, donari recte potest — L. 77 de r. v. (6. 1).

In all diesen Fällen darf, wenn man auf Genauigkeit des Begriffs Gewicht legt, das Vertragsprinzip darauf Anspruch machen, dem einseitigen Versprechen gegenüber in seinen Würden zu bleiben. Annahme und Consens sind in der That vorhanden, nur wird die erstere nicht durch eine besondere Erklärung kund gegeben, sondern sie besteht in der Entgegennahme des von der anderen Seite geäußerten Vertragswillens. Daß, wie S. bemerkt, die Annahme hier eine andere, weniger hervortretende Bedeutung hat als bei wechselseitigen Verträgen, ist durchaus richtig und ebenso zutreffend ist es, wenn er Formvorschriften, die für derartige Verträge gegeben sind, an sich nur auf die Verpflichtungserklärung des Promittenten, nicht aber auch auf die Annahme beziehen will. (Der letzte Satz steht gegenwärtig für das preußische Recht wohl unangefochten fest). Die Vertragsnatur dieser Fälle wird aber hierdurch nicht beseitigt.

Es ist hier noch auf einen Punkt zurückzukommen, der vorher nur kurz berührt werden konnte. Wann gilt die Erklärung als dem Berechtigten gegenüber erfolgt? Und zwar muß diese Frage nicht nur für diejenigen, die wie wir den Vertragsstandpunkt aufrecht erhalten, sondern ebenso auch für die Anhänger des einseitigen Versprechens aufgeworfen werden. Denn wir dürfen wohl voraussetzen, daß von einzelnen besonderen Fällen abgesehen, auch S. das Versprechen nur dann als wirksam betrachtet, wenn dasselbe dem Promissar gegenüber erklärt ist. Nothwendig ist aber, damit diesem Erforderniß genügt sei, das Zusammentreffen einer dreifachen Voraussetzung. 1) Es muß überhaupt eine Aeußerung des Willens stattgefunden haben. Ohne dieselbe ist der Wille ein bloßes, keine rechtliche Existenz führendes Internum. 2) Die Willensäußerung muß in der Richtung auf den Promissar*), d. h. in der Absicht geschehen sein, daß letzterer Kenntniß hiervon nehme und sich dieselbe aneigne. Eine Willensäußerung, der diese Absicht nicht zu Grunde liegt, bewirkt nicht das Zustandekommen eines Vertrages, auch dann nicht, wenn der Promissar sie etwa zufällig in Erfahrung gebracht haben sollte. L. 26 de don. (39. 5). Nuda ratio non facit aliquem debitorem, ut puta quod donare libero homini volumus, licet referamus in rationes nostras debere nos, tamen nulla donatio intellegitur, vgl. auch L. 31 §. 2 eod. — 3) Der Erfolg muß erreicht sein, der Promissar muß wirklich von der Erklärung des Promittenten Kenntniß genommen haben. L. 10 eod. So die ratio juris. Nur aus Utilitätsrücksichten, auf Grund positiver gesetzlicher Bestimmungen kann ein früherer Zeitpunkt, wie z. B. der der Absendung der Erklärung oder des Eintreffens derselben beim Promissar für maßgebend erachtet werden. Nach dem H.-G.-B. Art. 320 entscheidet bekanntlich bei Verträgen über Handelsgeschäfte der letztgedachte Zeitpunkt. Für das Gebiet des gemeinen Rechts besteht eine solche Vorschrift nicht.

Wenn die erwähnten drei Erfordernisse vorhanden sind, so ist es gleichgültig, in welcher Art der Wille des Promittenten geäußert wird. Mündliche Erklärung ist unter Anwesenden, Boten, Briefe, Telegramme sind unter Abwesenden die gebräuchlichsten, aber keineswegs die einzigen Mittel der Willensäußerung. Eine den obigen Erfordernissen entsprechende

*) Für uns ist Promissar der, das Versprechen sich aneignende Contrahent; in diesem Sinne wird das Wort auch später gebraucht werden.

Art der Willenserklärung ist es z. B. auch, wenn der Erklärende sich der Oeffentlichkeit bedient, um seinen Willen zur Kenntniß des Promissars zu bringen, ein Mittel, welches namentlich da in Uebung ist, wo die Erklärung für mehrere Personen, seien sie certae oder incertae, bestimmt ist. Man denke an die öffentliche Erklärung des Geschäftserwerbers, daß er die Passiva seines Vorgängers übernahm. Wir werden gerade auf diesen Fall bei den Verträgen zu Gunsten Dritter nochmals zurückkommen. Schon hier mag aber darauf hingewiesen werden, daß die öffentliche Erklärung des Erwerbers unzweifelhaft in der Absicht erfolgt, daß die Geschäftsgläubiger Kenntniß von derselben nehmen, daß sie also in der Richtung auf die Gläubiger abgegeben wird. Nach dem Bisherigen wird mithin in der Kenntnißnahme dieser Erklärung seitens der Gläubiger zugleich eine Acceptation derselben zu finden sein.

Es braucht endlich kaum hervorgehoben zu werden, daß auf die einseitig verpflichtenden Erklärungen, die aus dem Gebiet der obligatorischen Verträge allein hieher gehören, die Grundsätze über die Gebundenheit an die Offerte keine Anwendung finden. Der Unterschied zwischen Haftung und Leistenmüssen ist hier nicht in derselben Weise zu statuiren wie bei wechselseitigen Verträgen, da das Versprechen nicht früher verbindlich wird, als bis es zur Kenntniß des Promissars kommt, in diesem Augenblick aber sogleich auch der Vertrag perfekt wird. Nur von einer faktischen Gebundenheit kann man hier reden, insofern es in vielen Fällen thatsächlich unmöglich sein wird, das Versprechen, welches sich auf dem Wege zum Promissar befindet, zurückzunehmen.

III.

Indem ich nunmehr auf die Verträge zu Gunsten Dritter übergehe, erscheint es zunächst erforderlich, die Theorien von Unger, Gareis und Siegel, an die weiterhin vorzugsweise anzuknüpfen sein wird, kurz zusammenzustellen. Zuvor aber mag des trefflichen dogmengeschichtlichen Ueberblicks rühmend gedacht werden, welchen Gareis seiner Schrift einverleibt hat. In weit höherem Grade als ein früherer derartiger Versuch von Busch hat G. die sich hier darbietenden nicht geringen Schwierigkeiten zu überwinden verstanden. Die Lehre von den Verträgen zu Gunsten Dritter bildet seit Jahrhunderten einen wahren Tummelplatz juristischer Construktionen, auf welchem Naturrechtslehrer, Romanisten und Germanisten abwechselnd ihre Kräfte erprobt haben. Die verschiedenen Auffassungen, die sich hier geltend gemacht haben, leiden an mancherlei Unklarheiten, es kommen Begriffs- und Gränzverwirrungen vor, so daß es häufig nicht leicht ist, sie darzustellen, noch schwerer, sie als Stufen eines geschichtlichen Prozesses zu verwerthen. Gareis giebt eine gründliche, kritisch gesichtete, das Fremdartige fern haltende Entwickelung vom Justinianischen Recht bis auf die jüngste Zeit, welche nicht blos eine lose Zusammenstellung einzelner Theoreme ist, sondern auch deren innere Verbindung unter einander anschaulich macht.

Mit Recht hat G. hierbei die ebenso glänzend wie scharf geschriebene Abhandlung Unger's besonders nachdrücklich hervorgehoben: Das Ver-

dienst derselben, eine Reihe von traditionellen Vorstellungen und halben Begriffen entschieden beseitigt zu haben, wird auch derjenige gern anerkennen, der wie wir in Bezug auf die positiven Ausführungen nicht mit Unger übereinzustimmen vermag, man kann daher in gewissem Sinn diese Abhandlung wohl als eine für unsere Lehre epochemachende bezeichnen.

Die Ungültigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter im römischen Recht beruht nach Unger auf ethischer Grundlage. Der Satz: **alteri stipulari nemo potest** — entspricht einem sittlichen Prinzip, kraft dessen Jedermann sein Recht sich selbst zu verschaffen, auf sich selbst und nicht auf fremden Grund und fremde Hülfe zu stellen habe. „Männlicher Stolz und selbstbewußte Würde" prägt sich in dieser Anschauung aus, aber andererseits auch „eine absolute Theilnahmlosigkeit für fremde Interessen, ein krasser nackter Egoismus, eine dürre Selbstsucht, die für unser sittliches Gefühl etwas höchst Abstoßendes und Verletzendes hat." — „Die Parole des disciplinirten Egoismus" — in diesem geflügelten Worte Jhering's faßt er sein Verdammungsurtheil über jene Maxime zusammen.

Auf einer anderen Grundlage wurzelt nun aber unser heutiges sittliches Bewußtsein. Die Zulässigkeit des Handelns für Andere, die von den Römern nur in einem ganz engen und beschränkten Kreis von Ausnahmefällen anerkannt wurde, erscheint uns als allgemeines Postulat. „Wir müssen zu den bekannten **tria praecepta juris** noch das vierte hinzufügen: **aliis prodesse.**"

Daraus folgt mit Nothwendigkeit die prinzipielle Gültigkeit der Verträge zu Gunsten Dritter im heutigen Recht. „Wie für das heutige Recht die s. g. unmittelbare Stellvertretung prinzipiell anerkannt ist, so beanspruchen auch die pacta in favorem tertii die gleiche Anerkennung und Geltung. Beide Rechtsfiguren beruhen auf demselben ethischen Grundgedanken, daß Einer dem Anderen bereitwillig dienen und ihm liebevoll helfen kann und soll."

Behufs der juristischen Construktion der Verträge zu Gunsten Dritter muß man „durch das römische Recht über das römische Recht hinausgehen," d. h. das zum Prinzip verallgemeinern, was die Römer in einzelnen Anwendungsfällen aufgestellt haben. Hiernach ergiebt sich folgende Definition: „Verträge zu Gunsten Dritter sind Verträge, durch welche nach der Absicht der Paciscenten einem Dritten in seinem Interesse unmittelbar ein Forderungsrecht bestellt oder eine Schuldbefreiung erwirkt wird."

Aus dieser Definition werden nachstehende Folgesätze hergeleitet:

1) Beim factum in favorem tertii ist der Promissar kein Stellvertreter des Dritten, denn er contrahirt nicht im Namen des Dritten, sondern in eigenem Namen.
2) Der Promissar erwirbt aus dem Vertrag zu Gunsten Dritter keinen eigenen Anspruch: **non sibi sed illi vult quaerere actionem.** „Der Primus säet, der Tertius erntet, jener empfängt das Versprechen, dieser das versprochene Recht."
3) Der Dritte erwirbt das ihm zugedachte Recht unmittelbar **ex alieno pacto**, er ist zwar nicht Promissar, aber Gläubiger, wie wenn er selbst contrahirt hätte.
4) Der Dritte erwirbt den ihm zugedachten Vortheil unmittelbar (**ipso jure**), sofort und unwiderruflich, dieser Vortheil kann ihm mithin

durch nachträgliche Uebereinkunft der Paciscenten nicht wieder entzogen werden.

Bei Gareis tritt zwar der von Unger so stark betonte ethische Gesichtspunkt in weit geringerem Maße hervor; indeß wird der Begriff des Vertrages zu Gunsten Dritter von ihm ganz in derselben Weise bestimmt wie bei Unger. Es ist „ein Vertrag, aus welchem ein Dritter der ausdrücklichen Willensmeinung der Kontrahenten entsprechend unmittelbar ein eigenes selbstständiges Recht erwirbt.“ Charakteristisch für diesen Vertrag ist: der Dritte ist nicht Mitkontrahent, der Vertrag wird nicht in seinem Namen, sondern nur zu seinen Gunsten abgeschlossen. Er braucht nicht beizutreten, sein Recht „geht aus dem Vertrage unmittelbar und vollkommen gegen jede vertragswidrige Beeinträchtigung gerüstet hervor, es steht vom Augenblick der wirksamen Perfektion des Vertrages an vollständig auf eigenen Füßen.“

Dies ist der „echte“ Vertrag zu Gunsten Dritter. Ihm stellt G. als eine davon verschiedene, jedoch ebenfalls nicht nur abstrakt mögliche, sondern auch praktisch vorkommende Rechtsfigur die Fälle gegenüber, in denen eine Acceptation oder ein Beitritt des Dritten erforderlich ist. Innerhalb derselben unterscheidet er drei Unterarten. Entweder: beide Kontrahenten sind während eines gewissen Zeitraumes an den Vertrag gebunden, „so daß sie auch nicht durch ihren Konsens zurücktreten können, sondern sich den Beitritt des Dritten innerhalb jener Frist gefallen lassen müssen.“ — Oder: nur der Promittent ist gebunden, der Promissar aber nicht, „er kann demnach den Versprechenden aus seiner Verbindlichkeit entlassen, bevor der Dritte beigetreten ist.“ — Oder: keiner der beiden Kontrahenten ist vor dem Beitritt gebunden; der Promissar kann bis dahin den Promittenten in jedem Augenblick entlassen und der Dritte kann sich der Verbindlichkeit entschlagen.

Im dritten Fall ist gar kein Vertrag vorhanden, ein solcher entsteht hier erst durch den Beitritt des Dritten. Der zweite Fall ist eine unverbindliche Offerte an den Dritten, unverbindlich in dem Sinne, daß dieselbe vom Promissar wieder aufgehoben werden kann. Den ersten Fall bezeichnet G. als eine „Kollektivofferte mit Obligo“; auch hier liegt aber seiner Auffassung nach kein eigentlicher Vertrag zu Gunsten eines Dritten vor, weil das Recht des Dritten auf seiner eigenen Mitwirkung bei dem Vertragsschluß beruht.

Abgesehen von der Statuirung dieser drei Fälle, hinsichtlich deren mir zweifelhaft ist, ob Unger sie anerkennen würde, besteht noch in sofern eine Differenz zwischen Unger und Gareis, als Ersterer kein Recht in der Person des Promissars entstehen läßt, während nach G. „auch der Promissar möglicherweise ein Recht, ein selbstständiges, vom Rechte des Dritten verschiedenes Recht erwirbt.“ Dieses in der Person des Promissars entstehende Recht wird von G. demnächst in seinen dogmatischen Ausführungen weiter verwerthet; ich halte die Differenz selbst für mehr scheinbar als wirklich, da Unger, richtig verstanden, doch wohl nicht die Möglichkeit eines Rechtes auf Seiten des Promissars überhaupt in Abrede stellen, sondern eben nur behaupten will, daß das

Recht des Dritten nicht ein vom Rechte des Promissars abgeleitetes Recht ist.

- - - - -

Siegel nennt, wie Eingangs dieser Besprechung mitgetheilt wurde, den Vertrag zu Gunsten Dritter ein Schuldversprechen zu fremden Handen. Auch nach Siegel's Auffassung entsteht das Recht des Dritten „unmittelbar und ohne sein Wissen und Wollen", und gerade in dieser Art des Rechtserwerbes kommt das Prinzip des Versprechens zum Ausdruck. Es bedarf also keiner Acceptation des Dritten. Abweichend von Unger und Gareis nimmt dagegen Siegel an, daß der Zeitpunkt des Rechtserwerbes des Dritten nicht immer mit dem des Vertragsschlusses zusammentreffe. Ein Recht des Dritten ist nach Siegel erst vorhanden, wenn der Vertrag dem Dritten gegenüber unaufhebbar und unabänderlich geworden sei; „solange das Versprechen von seinem Empfänger dem Geber remittirt werden kann, sollte man füglich von einem Rechte des Dritten nicht sprechen." Wann die Unabänderlichkeit des Vertrages zu Gunsten des Dritten eintrete, müsse von Fall zu Fall entschieden werden, eine allgemeine Regel lasse sich darüber nicht aufstellen. In den Fällen, „wo das Forderungsrecht des Dritten aus dem zu Handen eines Anderen gegebenen Versprechen nicht sofort entsteht, da beschränkt sich das Rechtsverhältniß, welches durch den Vertrag zu Gunsten Dritter begründet wird, zunächst darauf, daß der Promittent dem Empfänger des Versprechens verpflichtet ist, im Worte zu bleiben. Weder jetzt noch später ist der Promissar berechtigt, das Versprochene zu fordern; ein Forderungsrecht kann nur der Dritte erwerben."

IV.

Dem Wortlaute nach könnte Vertrag zu Gunsten eines Dritten jeden Vertrag bedeuten, aus welchem mittelbar oder unmittelbar einem Dritten ein Vortheil erwächst. Wir fassen den Ausdruck hier in dem prägnanteren Sinne eines Vertrages, der für einen Dritten unmittelbar einen obligatorischen Anspruch begründet. Auf diese Art des Vertrages zu Gunsten Dritter sollen sich die nachstehenden Bemerkungen beschränken. Außer Betracht bleiben also die Fälle des liberatorischen wie des dinglichen Vertrages, in denen man eine unmittelbare Wirkung für Dritte angenommen hat. Die Frage nach der Gültigkeit oder Ungültigkeit der Verträge z. G. Dr. ist eine Rechtsfrage, die in ihren tieferen Grundlagen, wie das Recht überhaupt, mit sittlichen Anschauungen zusammenhängen mag, bei der es sich aber zunächst um die Konsequenzen bestimmter juristischer Begriffe handelt. Es erscheint danach mehr als bedenklich, wenn man, wie von Unger geschehen ist, bei der Beantwortung dieser Fragen auf den angeblichen ethischen Gegensatz zwischen der römischen und der modernen Welt- und Lebensauffassung zurückgeht. Das Bestehen eines derartigen Gegensatzes zugegeben, so ist doch auch für uns das Gebot der Nächstenliebe nur eine sittliche Vorschrift, kein Rechtsgrundsatz.

„Disziplinirter Egoismus" ist auch unser Privatrecht und am Ende wird keine Zeit und kein Volk für den Organismus des Rechts ein höheres Prädikat beanspruchen dürfen.

Der Vertrag zu Gunsten Dritter, wie ihn Unger konstruirt, soll weder dem Dritten ein unabhängiges Recht gewähren, und zwar unabhängig in dem doppelten Sinne, daß dasselbe weder von dem Rechte, noch von dem Willen der Paciscenten abhängig ist. Die Abnormität dieses Vertrages, über welche weder der Hinweis auf das aliis prodesse, noch die Verweisung auf das Prinzip der freien Stellvertretung hinweghilft, besteht darin, daß hiernach Jemand durch eine Erklärung berechtigt wird, die nicht ihm gegenüber abgegeben ist. Wenn A dem B verspricht, er wolle dem C 100 zahlen, so ist dies Versprechen für den C zunächst eine res inter alios acta, ein Internum zwischen A und B, in dieser Hinsicht etwa gleichstehend mit einer schriftlichen Erklärung des A, die Letzterer direkt auf den C ausgestellt, demnächst aber in sein Pult verschlossen hätte. In wiefern sich für den Erwerb des Dritten auf Grund derartiger Erklärungen Analogien beibringen lassen, mag dahingestellt bleiben; sicher scheint mir, daß damit über das Gebiet des Vertrages und das Prinzip des vertragsmäßigen Erwerbes weit hinausgegangen wird.

Diesen Bedenken gegenüber würde es allerdings von Wichtigkeit sein, wenn die Unger'sche Auffassung bereits im römischen Rechte, wenn auch nur in einzelnen Anwendungsfällen, anerkannt wäre. Dies kann indeß nicht eingeräumt werden. Aus den Stellen, die als Zeugnisse für das Vorhandensein von Verträgen zu Gunsten Dritter bei den Römern angeführt werden, läßt sich Unger's Theorie nicht begründen, vielmehr liegt in allen diesen Stellen die Idee der Rechtsübertragung zu Grunde. Das Recht des Dritten entsteht nicht, wie U. meint, direkt in seiner Person, sondern geht von einem der Paciscenten auf ihn über. Im geraden Gegensatz zu U. muß demnach behauptet werden, daß die Römer das Recht des Dritten stets als ein abgeleitetes Recht auffassen.

Um dies zu zeigen, gehe ich die einzelnen von U. hervorgehobenen Fälle hier kurz durch.

1. Der vom verkaufenden Pfandgläubiger zu Gunsten des Pfandschuldners gemachte Wiedereinlösungs-Vorbehalt giebt dem Pfandschuldner einen Anspruch gegen den Erwerber auf Rückgabe der Sache L 7 pr. de distr. pign. (20. 5); L. 13 pr. de pign. act. (13. 7). Aus der letzten Stelle geht deutlich hervor, daß der Anspruch des Pfandschuldners kein im Sinne Unger's selbstständiges Recht, sondern formell und materiell von dem des Pfandgläubigers abhängig ist. In beiden Stellen wird ein Fall vorausgesetzt, in welchem der Pfandgläubiger beim Verkauf des Pfandes mit dem Käufer paciscirt: ut si solverit debitor pecuniam pretii emtori, liceret ei recipere rem suam. Aus diesem pactum venditioni adjectum hat zunächst der Pfandgläubiger die actio venditi gegen den Käufer. Er ist aber verpflichtet, dieselbe dem Pfandschuldner abzutreten: ob hanc conventionem pignoraticiis actionibus teneri creditorem ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emtorem. — In unmittelbarem Anschluß an diese Worte fährt die Stelle weiter fort: sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emtorem agere. In dem hier vorgeführten Zusammenhang können die zuletzt mitgetheilten

Worte nichts anderes bedeuten als: die Klagencession seitens des Pfandgläubigers ist zwar der korrekte Weg, um dem Pfandschuldner, der zur Einlösung bereit ist, bei der Weigerung des Käufers seine Sache wieder zu verschaffen. Da aber der Pfandgläubiger zu dieser Cession gesetzlich verpflichtet ist, so soll auch ohne eine solche dem Pfandschuldner ebenso geholfen werden, wie wenn eine ausdrückliche Abtretung stattgefunden hätte. Die in factum actio, auf die es hier allein ankommt, ist mithin eine utilis ex vendito actio, eine aus dem Rechte des Pfandgläubigers abgeleitete Klage, kein proprio Marte bestehender Anspruch des Dritten.

2. Die Schenkung mit der Auflage an den Donatar, die geschenkte Sache nach gewisser Zeit einem Dritten herauszugeben, begründet für diesen Letzteren den Anspruch auf Herausgabe. L. 8 C. de don. quae sub modo (8. 55). Auch hier ist der Anspruch des Dritten kein selbstständiges Recht. Die Stelle unterscheidet zwischen der älteren, strengeren, und der neueren, auf einer benigna interpretatio beruhenden Rechtsauffassung. Nach älterem Recht war rescribirt worden: Si is in quem liberalitatis compendium conferebatur, stipulatus non sit, placiti fide non impleta, ei qui liberalitatis auctor fuit vel heredibus ejus condictitiae actionis persecutionem competere. Hatte mithin der Dritte, an welchen der erste Donatar die Sache herausgeben sollte, sich nicht selbst die Restitution derselben im Wege einer Stipulation versprechen lassen, so war nur ein Mittel vorhanden, um ihm einen Anspruch auf die Sache zu verschaffen: die dem Schenker, bez. dessen Erben zustehende condictio ob causam, welche dem Dritten cedirt werden, deren Cession dieser aber nicht erzwingen konnte. Sed quum postea benigna interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit, utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere admiserint — Nach der neueren, freieren Auffassung wird also dem Dritten, auch wenn er nicht stipulirt hat, eine utilis actio zugestanden. Auch hier ergiebt sich aus dem Zusammenhang, daß diese utilis actio die condictio des Schenkers ist, welche dem Dritten nach der späteren Rechtsentwickelung ohne ausdrückliche Cession gewährt wird. Dies geschieht juxta donatoris voluntatem, d. h. weil hiermit dem Willen des Schenkers entsprochen wird. Wir dürfen hinzufügen: der betreffende Wille des Schenkers muß fortdauern, d. h. er braucht denselben zwar nicht nochmals zu bestätigen, darf aber auch inzwischen nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung geäußert haben, wie z. B. der Fall sein würde, wenn er dem ersten Beschenkten hinterher die Auflage erlassen oder in Abänderung der ursprünglichen Abrede sich selbst oder einem Andern die Restitution ausbedungen hätte.

Eine besondere Bedeutung gewinnen die Worte: juxta donatoris voluntatem, wenn man voraussetzt, daß der Schenker vor dem festgesetzten Zeitpunkt der Restitution an den Dritten verstorben ist. Dann ist der zu Gunsten des Dritten geäußerte Wille des Schenkers unabänderlich geworden, einem Widerruf durch die Erben entzogen. Diese Voraussetzung trifft in unserer Stelle zu. Der Nachsatz der zuletzt angeführten Worte lautet: actio quae sorori tuae, si in rebus humanis ageret, competebat, tibi accomodabitur. Die soror ist, wie mit Cujacius gegen Unger behauptet werden muß, die Schenkerin, nicht die Dritte, an welche die geschenkte Sache zunächst hätte herausgegeben werden sollen.

Der Einwand, den U. gegen diese Erklärung erhebt, dieselbe „scheit an dem auffallenden Umstand, daß die L. 8 Cod. cit. von d Erben der Schenkerin, auf die doch zunächst die condictitia actio üb gegangen wäre, gar keine Erwähnung mache“ — widerlegt sich nach d Bisherigen von selbst. Die Erben der Schenkerin werden mit gut Grunde nicht erwähnt; sie haben, wenn die Schenkerin in ihrem Will beharrend verstorben ist, keine Disposition mehr über die condicti actio, sondern es ist alsdann jedenfalls juxta donatricis voluntate wenn die der letzteren zustehende Klage nunmehr der Dritten als uti actio eingeräumt wird.

Wenn ich nicht irre, liegt gerade in dieser veränderten Stellung des Dritten zu den Erben des Schenkers die Hauptbedeutung der in dem obigen Rescript zur Geltung gebrachten neueren Rechtsauffassung. Während nach früherem Recht die Abtretung der condictio an den Dritten nach dem Tode des Schenkers den Erben desselben anheimgegeben war, ist dies nach der L. 8. cit. nicht mehr der Fall. Der Anspruch des Dritten ist also unabhängig von der Willkür der Erben, gleichwohl aber kein eigenes, sondern ein abgeleitetes Recht.

3. „Ascendenten, welche einer gewaltunterworfenen oder gewaltfreien Tochter oder Enkelin ein Heirathsgut bestellen, können dieser oder deren Kindern die Rückgabe desselben wirksam versprechen lassen.“ L. 7 C. de pact. conv. (5. 14). L. 45 D. sol. matr. (45 3). Die erste dieser beiden Stellen behandelt folgenden Fall: Ein Vater hat für seine Tochter eine dos bestellt, die Tochter ist in der Ehe verstorben und der Vater hat demnächst mit dem Schwiegersohn paciscirt: dotem nepotibus restitui. Darauf hin entscheiden die Kaiser: licet his (scil. nepotibus) actionem quaerere non potuit (avus maternus) tamen utilis eis ex aequitate accommodabitur actio. Es kann doch wohl keinem Zweifel unterworfen sein, daß die hier erwähnte utilis actio die utilis rei uxoriae actio ist, welche direkt dem Vater der verstorbenen Frau zustand und die nunmehr, wie im vorigen Fall, ohne besondere Klagencession (juxta voluntatem avi) auf die Enkel übertragen wird. Wie Unger hier behaupten kann, „daß der Anspruch der Enkel auf Restitution der dos ein selbstständiger, nicht etwa ein ex persona des Großvaters abgeleiteter sei“, ist mir selbst dann nicht recht begreiflich, wenn man annimmt, daß das pactum sogleich bei Eingehung der Ehe geschlossen worden wäre.

Auch die L. 45 cit. führt, obwohl hier der Sachverhalt ein anderer ist, zu keinem für Unger günstigeren Ergebniß. Gajus Sejus, der mütterliche Großvater der noch in väterlicher Gewalt befindlichen Seja, hat für die Letztere eine Summe Geldes als dos hingegeben. In der hierüber aufgenommenen Urkunde findet sich eine in Stipulationsform gekleidete Abmachung des Inhalts, daß, wenn die Ehe ohne Schuld der Frau geschieden werden sollte, dos omnis Sejae uxori vel Gajo Sejo avo materno redderetur restitueretur que. Die Bedingung ist eingetroffen nach dem Tode des Bestellers der dos, aber noch bei Lebzeiten des Vaters, in dessen Gewalt sich die Frau befindet. Wem steht die actio ex stipulatu zu, den Erben des Großvaters, der die dos bestellt hatte, oder der Enkelin? Der Jurist antwortet: Keinesfalls hat die Enkelin eine directe Klage, denn die Stipulation ist in persona ejus inutiliter concepta, da der mütterliche Großvater für sie nicht stipuliren konnte. Von Rechts-

wegen ist also der Erbe des letzteren allein zur Klage legitimirt. Indeß wird selbst nach strengem Rechte die Seja mindestens gleich einer solutionis causa adjecta zu behandeln sein, so daß ihr, wenn sie auch nicht klagen kann, doch gültig gezahlt werden darf. Sed dicendum est Sejae posse dotem solvi, quamvis ei directo actio non competat, ac si sibi aut illi dari avus stipulatus esset. Im vorliegenden Fall aber geht man aus Billigkeitsgründen noch einen Schritt weiter und spricht der Enkelin eine utilis actio zu, damit ihr nicht durch den Erben des Großvaters der ihr von letzterem zugedachte Vortheil entzogen werde. Sed permittendum est nepti ex hac avita conventione ne commodo dotis defrudetur, utilem actionem. Das ist die utilis actio ex stipulatu; genau aus denselben Gründen wie in L. 8 C. cit. (juxta avi voluntatem) wird der Anspruch dem eigentlich berechtigten Erben entzogen und auf die Enkelin übertragen. Paulus stellt sich also hier bereits auf den Standpunkt der in der L. 8 erwähnten neueren Auffassung, hält es aber für nöthig, sich gegen eine Generalisirung zu verwahren. Favore enim nuptiarum et maxime propter affectionem personarum ad hoc decurrendum est. Wäre im obigen Fall die Restitution der dos im Fall der Scheidung an die Frau ohne Rücksicht auf ihr Verschulden oder gar an einen Fremden ausbedungen worden, so würde sich hiernach der Jurist schwerlich zur Gewährung der utilis actio verstanden haben.

4. Ein Vertrag, den der Erblasser zu Gunsten seiner Erben oder auch nur eines Erben schließt, ist nach neuestem Recht wirksam. L. un. C. ut act. (4. 11). Ich glaube kaum, daß Unger gerade diese Stelle als eine sehr wesentliche Stütze seiner Lehre betrachtet. Zunächst ist mit triftigen Gründen bezweifelt worden, ob die in derselben von Justinian getroffne Bestimmung: ut liceat et ab heredibus incipere actiones et obligationes überhaupt etwas Anderes besagt als die bereits früher von ihm eingeräumte Befugniß, eine Stipulation auf die Zeit post mortem oder auf den Zeitpunkt cum moriar abzustellen. L. 11 C. de contr. stip. (8. 38) § 13 J. de inut. *stip.* (3. 19). Aber auch dann, wenn man der L. un. cit. mit Unger einen *weiter* gehenden Sinn beilegt, ist seine Construktion nicht gerechtfertigt. Die Erben in ihrer Gesammtheit können keinenfalls dem Erblasser gegenüber als Dritte gelten. Das Faktum des Erblassers ist ihr Faktum, der Vertrag desselben ist ihr Vertrag. Ist es gestattet, daß der Erblasser zu Gunsten eines unter mehreren Erben einen Vortheil ausbedingt, so liegt darin materiell eine Anordnung von Todeswegen, die auf Grund positiver Vorschrift in dieser Form statthaft ist; der Erblasser überweist eine Forderung, die an sich sämmtlichen Erben zustehen würde, einem von ihnen. Wollte man der Unger'schen Auffassung folgen, so würde sich neben seinem Vertrag zu Gunsten Dritter aus der L. un. cit. auch die Möglichkeit eines parallelen Vertrages zu Lasten Dritter ergeben, denn Justinian gestattet nicht nur, daß actiones, sondern auch daß obligationes ab heredibus incipere posse, so daß also der Erblasser auch als Promittent einen von mehreren Erben belasten kann.

Die hier besprochenen vier Fälle sind die einzigen, in denen nach Unger der Vertrag zu Gunsten Dritter bereits bei den Römern zur Gel-

tung gekommen ist. Gewöhnlich wird noch ein fünfter Fall hinzugefügt: das Depositum einer fremden Sache mit der Auflage, dieselbe dem Eigenthümer zu restituiren. L. 8 C. ad exhib. (3. 42). Unger erkennt zwar auch in diesem Fall die dem Eigenthümer gewährte actio utilis als eine selbstständige Klage an, betrachtet jedoch die Verabredung selbst nicht als einen Vertrag zu Gunsten Dritter, weil „der Disponent, der die Rückgabe an den Eigenthümer ausbedingt, in seinem eigenen Interesse handelt; er schließt den Nebenvertrag zu seinen Gunsten, um der eigenen Verantwortlichkeit ledig zu werden." Abgesehen davon, daß die hier von Unger gemachte Unterscheidung kaum von seinem eigenen Standpunkt für folgerichtig erachtet werden kann, so entspricht es gewiß nicht dem Sinn der Quellen, im vorliegenden Fall von einer „selbständigen" Klage des Eigenthümers zu reden. Die dem letzteren zustehende actio utilis ist vielmehr gerade so wie in den oben zu 1 bis 3 erörterten Fällen eine abgeleitete Klage. Unsere L. 8 ist insbesondere eine Parallelstelle zur L. 13. de pign. act. (S. 302). Wie dort der Pfandgläubiger beim Verkauf verabredet hatte: ut liceret debitori rem suam recipere, so paciscirt hier der Deponent: rem domino restitui. Die hieraus entstehende actio depositi (auf Rückgabe der Sache an den Eigenthümer) hat demnach zunächst (stricto jure) der Deponent, er kann indeß gezwungen werden, dieselbe dem Eigenthümer abzutreten und deshalb (propter aequitatis rationem) wird diesem hier wie in L. 13 cit. auch ohne besondere Cession die utilis depositi actio ertheilt. Es ergiebt sich hieraus, daß die L. 8 C. ad exhib. weder mehr noch weniger sondern genau denselben Anspruch hat, als Beleg für die Verträge zu Gunsten Dritter aufgeführt zu werden, wie die L. 13 de pign. act.

Auf die Stellen, welche Unger für das Vorkommen von liberatorischen Verträgen zu Gunsten Dritter bei den Römern anführt, gehe ich nicht ein und bemerke nur, daß ich auch in diesen Beispielen keine Bestätigung seiner Auffassung zu erblicken vermag. Dagegen ist hier noch einer anderen Stelle zu gedenken, auf welche Unger insofern Gewicht legt, als er in derselben das Prinzip anerkannt findet, daß das Recht des Dritten aus dem fremden Vertrage unmittelbar, d. h. ohne eine Erwerbshandlung oder einen Beitritt seinerseits erworben werde. Dies ist die L. 62 D. de pact. (2. 14). Der Hauptschuldner hat mit dem Gläubiger ein pactum de non petendo (a se non peti pecuniam) geschlossen, dasselbe aber hiernächst durch ein neueres Paktum wiederum beseitigt. Es frägt sich: an utilitas prioris pacti sublata sit fidejussori? Der Jurist verneint: das frühere Paktum sei bereits zu Gunsten des Bürgen wirksam geworden (ideoque coepit id pactum fidejussori quoque prodesse), daher: verius est, semel acquisitam fidejussori pacti exceptionem ei invito extorqueri non posse. Ich stimme in Bezug auf die Auslegung dieser Stelle sowie in Bezug auf die Art, wie er den anscheinenden Widerspruch mit L. 27 §. 2 eod. beseitigt, vollständig mit Unger überein, allein das obige Prinzip wird durch die L. 62 nicht erwiesen, sondern dieselbe thut nur dar, einerseits, daß die dem Schuldner zustehenden Einreden regelmäßig auch vom Bürgen geltend gemacht werden können, andererseits, daß die einmal begründeten Einreden dem Bürgen nicht durch einen Verzicht des Hauptschuldners entzogen werden. (Seuffert Archiv II. Nr. 185.)

(Schluß folgt.)

7.

1. **Anklage und Antragsdelikte.** Eine criminalistische Studie von Dr. **Carl Fuchs**, Staatsanwalt in Breslau. Breslau, Korn, 1873.

2. **Die Antragsberechtigung des Deutschen Strafgesetzbuchs** insbesondere vom Standpunkte des Altpreußischen Strafprozesses aus systematisch und kritisch betrachtet von **Theodor Nessel**, Ober-Staatsanwalt bei dem Königl. Ostpreußischen Tribunal zu Königsberg. — Berlin Springer 1873.

Es ist gewiß nur dankenswerth, daß neuerdings auch gewiegte Praktiker sich der wissenschaftlichen Erörterung einer Lehre zuwenden, die durch is Reichsstrafgesetzbuch eine völlig neue und zum Theil bedenkliche Beeutung erlangt hat. Wenn sie dabei weniger eine vollständige, systemasche Darstellung als vor allen Dingen die Lösung einzelner in praxi rvorgetretener Streitfragen erstreben, so ist dies durchaus kein Schade.

Die vorstehenden Schriften vertreten anscheinend beide denselben rundgedanken, daß das Antragsrecht ein rein prozessualisches Recht i, wenn auch zum Theil mit materieller Wirkung. Genau besehen ist ber die Grundanschauung der Verfasser eine wesentlich verschiedene. harakteristisch hierfür ist namentlich die durchaus verschiedene Beantworng der Frage, ob und in welcher Weise Delikte zu strafen sind, die r dem Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuchs begangen, nach dem teren Gesetze als Offizialdelikte zu betrachten wären.

Auch in der ganzen Anlage weichen die beiden Schriften nicht unträchtlich von einander ab. Während die zweite den Antragsberechtigunen ausschließlich gewidmet und demgemäß auch entworfen ist, geht die ste von dem Begriff der Anklage überhaupt aus und behandelt das ntragsrecht in spezieller Beziehung und Anknüpfung an die einzelnen stadien und Formen der Anklage als ein dieselbe modifizirendes Moent. Andererseits begnügt sie sich nicht, die einzelnen Bestimmungen es Reichsstrafgesetzbuches selbständig zu interpretiren, sondern zieht auch ie ältere Literatur bei und unterwirft die Hauptansichten einer eingehenen Kritik. In der Verurtheilung der geltenden Gesetzesbestimmungen iber Antragsdelikte und zwar sowohl in materieller als formeller Hinicht stimmen beide Schriftsteller überein. Ihre Arbeiten dürfen geradezu ls Beiträge zur Revision derselben gelten.

Eine Besprechung der einzelnen Ausführungen würde hier wenig am Platze sein: wohl aber mag auf die Erörterungen über die Behandlung er Antragsdelikte bei Concurrenz mit Offizialdelikten, (Fuchs, S. 76 ff., Nessel S. 45 ff.) über die persönlichen Voraussetzungen zur Stellung der Zurücknahme des Antrags (Fuchs S. 48 ff., 86 ff. Nessel S. 55 ff.) nsbesondere über Identität des Thäters und Antragsberechtigten (Fuchs S. 63 ff.) sowie auf die Reformvorschläge (Fuchs S. 180 ff., Nessel S. 78 ff.) hiermit noch besonders aufmerksam gemacht werden.

Bierling.

8.

Die gemeinen Deutschen Strafgesetzbücher vom 15. Mai 1871 und v[om] 20. Juni 1872. Akademische Handausgabe mit Erläuterungen v[on] Dr. Carl Binding, Professor der Rechte in Leipzig. Einleitun[g] 149. 88. Leipzig, Engelmann, 1874.

Der nächste Zweck des hier in seinem Anfange vorliegenden jün[g]sten Kommentars zum bürgerlichen und Militärstrafgesetzbuche des [deut]schen Reichs ist nach Titel und Vorrede ein akademischer. Er soll [vor] Allem das bieten, was die Vorlesung zu bieten nicht vermag, möchte a[ber] gerade deshalb auch neben ihr eine selbständige Bedeutung für Wis[sen]schaft und Praxis gewinnen. Die dreifache Aufgabe lösen zu helfen, [die] der Verfasser der deutschen Strafrechtswissenschaft überhaupt stellt, [ist] daher auch Zweck dieses Kommentars. Er will die Grundlagen für [die] Kritik bereiten und die Durchführung und Nichtdurchführung der g[e]setzlichen Grundgedanken klar legen; bei solchen Bestimmunge[n], auf welche die Vorlesung wegen Zeitmangels nicht näher eingehen ka[nn], beabsichtigt er vollständigere Exegese; im Uebrigen ist es bestimmt, d[as] exegetische Detail darzubieten und einen genauen Nachweis der vielf[ach] so schwankenden Terminologie in den beiden Gesetzbüchern und in d[en] besonderen gemeinen Strafgesetzen zu versuchen.

Mit dieser Stellung der Aufgabe wird man um so mehr einversta[n]den sein können, je häufiger bisher der erste und letzte Theil bei d[er] Kommentirung des Reichsstrafgesetzbuches zu kurz gekommen ist, und [je] gewisser der Name des neuen Kommentators eine geistvolle Durchführu[ng] verbürgt. Bedenklich ist nur der Grundsatz, den der Verfasser in Betr[eff] der Auslegung die Quellen als maßgebend betrachtet. So berechti[gt] die Ablehnung des Präjudizien- und Motiven-Kultus ist, d. h. d[er] blinden Verehrung dieser Dinge, so hoch man auch die „exacte Forschung" des Herrn Verfassers schätzen mag, so bleibt doch mindestens die Frag[e], ob „Gleichgültigkeit" gegen die Intentionen der Motive oder Antra[g]steller im Reichstage nicht ebenfalls ein Ausfluß des vom Verfass[er] prinzipiell verworfenen Buchstabenkultus ist. Wie weit hiernach die i[n] Aussicht gestellte Rücksichtslosigkeit gegen Alles, was nicht selbst Gese[tz] ist, gehen soll, ob auch direkte Sinneserklärungen im Namen des Bun[]desraths oder Seitens der Kommissionen hierher gehören, ob ferner vo[m] Verfasser den Motiven nicht wenigstens die Bedeutung einer Anleitun[g] zur richtigen Auslegung zugestanden wird, wird erst die Fortsetzung zeigen. Die vorliegende Einleitung bringt in der Hauptsache nur eine Geschichte der beiden Strafgesetzbücher, aber in einer Vollständigkeit und Uebersichtlichkeit, die besonders hervorgehoben zu werden verdient. Nicht minder dankenswerth ist die daran geschlossene Zusammenstellung der in andern Reichsgesetzen (resp. Norddeutschen Bundesgesetzen) zerstreuten Strafbestimmungen, welche das für die Strafrechtswissenschaft Wesentliche gut heraushebt.

Bierling.

9.

elt, Dr. E. S, Reichsoberhandelsgerichts-Rath, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Mit besonderer Rücksicht auf die Praxis des Reichsoberhandelsgerichts. Leipzig, Roßberg'sche Buchhandl. 1874. 8. a. u. 705 S.

Je schwerer es wird, der rasch anwachsenden Zahl von Oberhanlsgerichts-Entscheidungen zu folgen, um so wünschenswerther ist ein mmentar, der inmitten dieser Praxis entstanden, die wichtigsten Ersnisse derselben bei Erläuterung der einzelnen Artikel des H.-G.-B's werthet; eine Aufgabe, der sich das obige Werk mit Einsicht und Geck unterzieht. Demselben wird Anerkennung und Verbreitung nicht len. Besonderes Lob verdient auch die vorzügliche Ausstattung.

Behrend.

Bibliographie.

Holtzendorff, Dr. Fr. v. Rechtslexikon. Encyclopädie der Rechtswissenschaft in alphabetischer Bearbeitung. Herausgegeben unter Mitwirkung vieler Rechtsgelehrter. Zweite durchgehends verbesserte und erhebl. verm. Aufl. Duncker & Humblot. 1874. gr. 8. Erste und zweite Lieferung (Abandon — Baulast). Preis pro Lieferung 12 Sgr.

Boretius, A. Beiträge zur Capitularien-Kritik. Leipzig. Duncker & Humblot. 1874. 8. X. 169 S.

Rockinger, Dr. L. Berichte über die Untersuchung von Handschriften des sog. Schwabenspiegels. III. Wien. 1874. K. Gerold. 70. gr. 8.

Birkmeyer, K. Die Exceptionen im bonae fidei judicium. Römischrechtliche Abhandlung als Beitrag zu der Frage: Giebt es noch Exceptionen? Habilitationsschrift. Erlangen. 1874. Palm & Enke (Adolf Enke). VI. 325. S.

Bruns, Dr. C. G., Geh. J.-R. Die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts. Weimar. 1874. H. Böhlau. VIII. 8. 303.

Eck, Dr. E. Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums nach römischem und gem. deutschen Recht. Festschrift im Auftrage der Jur. Facultät Halle-Wittenberg verfaßt. Halle. 1874. Buchhdlg. des Waisenhauses. 8. 43.

Bezold, Dr. E. Das Versicherungswesen (deutsche Zeit- und Streitfragen herausg. von Holtzendorff u. Oncken. Heft 39). Berlin. 1874. Lüderitz'sche Buchh. 8. 4

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts. Herausg. von den Räthen d. Ger.-Hofes. Bd. XI. H. 5. Erlangen. Ferd. Encke.

Förster, Fr. Dr. Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deutschen Rechts. III. Bd. 3. Aufl. Berlin. 1874. G. Reimer. XIV. 8. 722.

C. F. Koch. Allgemeines Landrecht für die preuß. Staaten. Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen. Herausg. in Kommentar mit Anmerkungen. Erster Band. Sechste Ausgabe. Nach des Verf. Tode bearb. von Förster, Johow, Hinschius, Achilles, Dalcke. Berlin. 1874. J. Guttentag (D. Collin). Zweite Lieferung.

Das Recht der väterlichen Gewalt in Preußen. Separatabdr. aus dem Justiz-Minist.-Bl. Berlin. 1874. Verl. d. Decker'schen Geh. Ober-Hofbuchdruckerei. 4.

Günther, Staatsanwalt. Die preußische Polizei- und Strafgesetzgebung in Feld- und Forstsachen nebst den minist. Instructionen erläutert durch rechtsgeschichtliche Einleitungen und durch Anmerkungen, vornehmlich aus der Judicatur. Breslau. 1874. J. U. Kern (Max Müller). IV. 8. 116.

Striethorst. Archiv für Rechtsfälle. Dritte Folge. Fünfter Jahrg. Bd. I. Des Ganzen 89. Bd. Berlin. 1874. J. Guttentag (D. Collin). 8.

Gruchot. Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das preußische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts. Neue Folge. 3. Jahrg. 2. Heft. Berlin. 1874. Franz Vahlen. — Inhalt: Gruchot. Zusammenstellung von Entscheidungen höchster Gerichtshöfe über die wesentlichsten Erfordernisse eines Wechselrechts. — Rechtsfälle.

Grundbuchrecht.

Sammlung von Erörterungen über das Preußische Grundbuchrecht.

Nr. 3: Die Grundbuchordnung im Lichte und Dunkel der Praxis. Griesgrämliche Herzensergießungen eines alten Praktikers. 1874. 12 Sgr.

Die vorstehende Schrift eines preuß. Richters beleuchtet in geistreicher Weise die zahlreichen Mängel und Controversen, welche sich an den Gesetzen vom 5. Mai 1872 gezeigt haben. Dies ist nun zwar in dem unabsehbaren Ungewitter von Zweifeln und Räthseln, welches den Grundbuchgesetzen auf dem Fuße gefolgt ist, nicht gerade neu: eine beträchtliche Anzahl von Kommentaren und Monographien liegt bereits vor und ein Abschluß ist zunächst noch nicht erreicht. Aber völlig neu ist die offene und launige Sprache, in welcher die „Herzensergießungen" ihren Ausdruck gefunden haben. Der Inhalt umfaßt die Einleitung (mit dem Motto: Den Bösen sind sie los — Die Bösen sind geblieben), die Grundbücher (tant de bruit pour une omelette), die Grundbuchämter (lasciate ogni speranza, voi ch'entrate), die Auflassung (Das eben ist der Fluch der bösen Theorie, — daß sie, fortzeugend, Böses muß gebären), die Anträge (Ist dies schon Tollheit, hat es doch Methode), Grundschulden, Hypotheken und Urkunden (Wer erklärt mir, Oerindur — diesen Zwiespalt der Natur?).

Früher erschien von obiger Sammlung von Erörterungen:

Nr. 1: Erörterung einiger praktischer Fragen aus dem Preuß. Grundbuchrecht. Von C. John, Kreisgerichtsrath und Abtheilungs-Dirigent. 1873. 12 Sgr.

Nr. 2: Kontroversen aus dem Preuß. Grundbuchrecht. Von W. Neubauer, Kreisgerichtsrath in Berlin. 1874. 15 Sgr.

Die Preuß. Gesetze über Grundeigenthum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872.

Herausgegeben mit Kommentar in Anmerkungen von Alex. Achilles, Stadtgerichts-Rath in Berlin. Zweite verb. u. verm. Ausgabe. 1873. 2 Thlr., geb. 2⅓ Thlr.

(mit kommentirtem Einführungsgesetz für die Provinzen Hannover, Schleswig-Holstein oder den Bezirk des Appellationsgerichts zu Kassel 6 Sgr. mehr.)

Verlag von J. Guttentag (D. Collin) in Berlin.

Soeben erschien:

Dr. C. F. Koch's

Allgemeines Landrecht

für die

Preußischen Staaten.

Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen, mit Kommentar in Anmerkungen

herausgegeben von

Dr. Franz Förster, Ministerial-Direktor.

R. Johow, Ober-Tribunalsrath.

Dr. P. Hinschius, ord. Professor der Rechte.

A. Achilles, Stadtgerichtsrath in Berlin.

A. Vaske, Ober-Staatsanwalt in Marienwerder.

I. Bd. 6. Ausgabe. — $5^{2}/_{3}$ Thlr.

Das ganze Werk wird unter Weglassung der großen kodifizirten Gesetze der Neuzeit (Allg. Deutsche Wechselordnung — Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch — Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich — Preuß. Berggesetz — Grundbuchgesetze vom 5. Mai 1872 — die bevorstehende Vormundschaftsordnung) **4 Bände** umfassen, schnell hintereinander erscheinen und 20—25 Thlr. kosten. Der vorliegende I. Band umfaßt die Titel 1—11 des I. Theiles A. L.-R., der II. Band ist unter der Presse und erscheint Ende dieses Jahres, das Ganze wird im Herbst 1875 vollständig vorliegen.

Die genannten kodifizirten Gesetze werden denjenigen geehrten Abonnenten des Koch'schen Landrechtes, welche dies wünschen, als **Supplemente** geliefert werden in selbstständigen kommentarischen Bearbeitungen, und zwar

das **Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch** von Makower, Rechtsanwalt und Notar in Berlin,

das **Deutsche Strafgesetzbuch** von Rüdorff, Geh. Finanzrath in Berlin,

das **Preußische Berggesetz,** von Dr. Klostermann, Oberbergrath und Professor in Bonn,

die **Preußischen Grundbuchgesetze** von Achilles, Stadtgerichts-Rath in Berlin.

welche Werke z. Z. in neuen Auflagen und in gleichem Formate wie das Koch'sche Landrecht erscheinen werden. Ebenso werden

die **Allgemeine Deutsche Wechselordnung,**

die **bevorstehende Preuß. Vormundschaftsordnung**

in noch zu veranlassenden Bearbeitungen nachfolgen.

Druck von D. Collin, Berlin, Schützenstr. 68.

Abhandlungen.

IX.

Ueber Inhaber-Papiere mit Real-Sicherheit.

Von Herrn Geh. Finanz-Rath R. Koch zu Berlin.

Die Creditnoth des Grundbesitzes hat bekanntlich in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts in Preußen das Institut der Pfandbriefe hervorgerufen. Friedrich der Große durchbrach in den von ihm erlassenen Reglements[1]) im Interesse der Rittergüter das gemeine Recht an zwei Punkten, indem er die Pfandbestellung für Papiere auf Inhaber zuließ und den Inhabern zugleich die Befugniß gewährte, sich an sämmtliche zu den neu geschaffenen Verbänden gehörigen Güter zu halten. Die Hypotheken-Ordnung von 1783 sicherte ausdrücklich die Geltung dieser anomalen Rechtssätze (II. §§ 198, 240). Letztere sind indessen in den seit Ende der 50er Jahre des laufenden Jahrhunderts erlassenen landschaftlichen Reglements erheblich verändert. Nicht die einzelnen dem Besitzer gewährten Pfandbriefe werden danach auf dem Gute eingetragen, sondern deren Gesammtbetrag als Darlehnsforderung des Credit-Instituts. An die Stelle der Special-Hypothek für jeden einzelnen Pfandbrief tritt ferner die Haftung der für die Corporation erworbenen Hypotheken.[2]) Obwohl gleichzeitig der Kreis der pfandbriefs-

[1]) Vgl. die Uebersicht bei Bahlmann, Grundbuchrecht, Note 47 zu § 47 der Grundbuchordn..

[2]) Stat. d. N. Credit-V. f. d. Pr. Posen v. 13. Mai 1857 — G.-S. S. 326. — Reg. der Kur- u. Neumärk. Landschaft v. 15. März 1858 — G.-S. S. 74; zusätzl. Best. z. Ostpreuß. Landschafts-Reg. v. 28. Februar 1859 — G.-S. S. 91 — u. vom 23. Juni 1866 — G.-S. S. 343. — Statut der neuen Westpreuß. Landschaft v. 3. Mai 1861 — G.-S. S. 206 — u. Reg. v. 18. Mai 1864 — G.-S. S. 314; Stat. des landsch. Creditverb. f. Pr. Sachsen v. 30. Mai 1864 — G.-S. S. 353 — d. Credit-Inst. f. Ober- u. Nieder-Lausitz v. 30. Oktb. 1865 — G.-S. S. 1056 — d. Neuen landschaftl. Credit-Vereins f. d. Pr. Posen v. 5. Nov. 1866 — G.-S. S. 671; Rev. Reg. f. Schlesien v. 22. Nov. 1867 — G.-S. S. 1876 — f. West-

fähigen Güter bedeutend erweitert wurde, so sind doch fort und fort zahlreiche Vorwürfe gegen die bestehenden Landschaften erhoben worden. Insbesondere tadelt man die kostspieligen Taxen, die Starrheit ihrer Grundsätze, den ganzen schwerfälligen und kostbaren Verwaltungsapparat und weist auf die Schwierigkeiten hin, welche der Darlehnsnehmer bei Realisirung der Pfandbriefe zu überwinden habe.[3]) Um einzelnen dieser Vorwürfe zu begegnen, namentlich den Pfandbriefen einen erweiterten Markt zu verschaffen, ist neuerdings die Central-Landschaft zu Berlin gegründet, welche sog. Central-Pfandbriefe ausgiebt.[4]) Dies Unternehmen hat indessen manche Angriffe, zumal von juristischer Seite und selbst aus den Provincial-Kredit-Instituten erfahren und bisher einen größeren Wirkungskreis anscheinend nicht erlangt. Ueberhaupt haben die Landschaften, wie segensreich auch ihre Thätigkeit gewesen ist, das Kredit-Bedürfniß, selbst des ländlichen Grundbesitzes nicht zu befriedigen vermocht; für den städtischen Grundbesitz waren sie niemals bestimmt. Die entstehende Lücke auszufüllen, bemühten sich namentlich die Hypotheken-Banken. Zwar haben auch einzelne kleinere deutsche Staaten durch Hergabe von Fonds, Uebernahme von Garantieen oder Theilnahme an der Verwaltung von Kredit-Anstalten für den Grundbesitz den Real-Kredit zu heben gesucht, oder es sind in directer Anlehnung an den Gedanken der „Landschaften" Vereine von Grundbesitzern entstanden, welche durch Solidarhaft ihren Pfandbriefen die nöthige Sicherheit gewähren.[5]) Zu der letzteren Kategorie ist auch das in neuerer Zeit viel genannte Berliner Pfandbrief-Institut zu zählen, obschon die Aufsicht des Magistrats, unter welcher die Verwaltung steht[6]), zuweilen die irrige

---

preußen v. 15. Mai 1868 — G.-S. S. 496 — Stat. des Neuen Brandenb. Kredit-Inst. v. 30. Aug. 1869 — G.-S. S. 1034 — Stat. f. Pommern v. 9. Aug. 1871 — G.-S. S. 353. — Beschl. f. Schlesien v. 22. Jan. 1872 — G.-S. S. 97 — Auch die Mecklenburgischen Pfandbriefe haben keine Special-Hypothek, sondern sämmtliche Grundbesitzer haften solidarisch für alle ausgegebenen Pfandbriefe — s. v. Müller in d. Verh. des Ausschusses des Bundesrathes, betr. die Enquete über das Hypothekenbankwesen S. 8.

[3]) Interessantes Material bieten in dieser Beziehung die Note 2 allegirten Verhandlungen. Vgl. auch Zimmermann in Busch's Archiv f. Handelsrecht Bd. 15, S. 230.

[4]) All. Erl. v. 21. Mai 1873 (G.-S. S. 309—326, 455).

[5]) Vgl. die Beispiele bei Zimmermann a. a. O. S. 204 ff.

[6]) Vgl. das Statut §. 52 (G.-S. 1868 S. 450 ff.)

Vorstellung erweckt hat, als ob es sich um ein städtisches (Kommunal-) Institut handelte. Der Schwerpunkt aber fällt in die Kapitals-Vereinigungen (künftiger Gläubiger), deren Haupt- oder Nebenzweck dahin geht, auf der einen Seite Darlehne gegen Hypothek an Grundbesitzer nach bestimmten Schätzungs-Grundsätzen zu ertheilen, auf der anderen durch die Ausgabe von Pfandbriefen auf Inhaber — oder ähnlich gearteten Papieren unter anderem Namen — Gelder an sich zu ziehen.[7]) Zur Ergänzung derselben dienen die Hypotheken-Versicherungs-Gesellschaften in mehr oder weniger complicirter Einrichtung.[8]) Die Ausgabe von Inhaber-Papieren, welche zur Erreichung der Zwecke der Hypotheken-Banken nicht entbehrt werden kann, bedarf in den meisten deutschen Staaten staatlicher Concession. In Preußen kann letztere gesetzlich[9]) nur auf den Antrag des Handels- und des Finanz-Ministers ertheilt werden, und zwar durch ein landesherrliches Privilegium, welches die rechtlichen Wirkungen desselben bestimmen und durch die Gesetz-Sammlung bekannt gemacht werden muß.[10]) Seitdem Anfangs der 60er Jahre die Gesuche sich mehrten, sind für die Concessionirung gleichförmige Grundsätze festgehalten: Es wird ein gewisser Parallelismus der Pfandbriefe und der Hypothekenforderungen in dem Sinne gefordert, daß kündbare Pfandbriefe nur zu dem Betrage derjenigen Hypotheken, welche die Gesellschaft mit gleicher Frist ihren Schuldnern zu kündigen berechtigt ist, und höchstens zum Belaufe des baar eingezahlten Aktien-Kapitals ausgegeben werden dürfen. Einem Staats-Kommissar ferner ist die Befugniß beizulegen, die Befolgung der für die Pfandbrief-Emission maßgebenden Grundsätze zu controliren.

In Folge vielfacher Klagen des Grundbesitzes veranstaltete der Bundesrath des Norddeutschen Bundes im Sommer 1868 eine Enquête über eine Reihe einschlagender Fragen, als deren Ergebniß der „Entwurf eines Gesetzes über die Errichtung von Credit-Anstalten für den ländlichen und städtischen Grundbesitz“ veröffentlicht wurde,

[7]) 8 solcher Institute nennt und beschreibt Zimmermann S. 210 ff.

[8]) Zimmermann S. 214 ff. Näheres in meinem Aufsatze „Ueber Hypotheken-Versicherung“ bei Löhr, Central-Organ f. D. H.- u. W.-R. Neue Folge Bd. 4, S. 485 ff.

[9]) Ges. vom 17. Juni 1833 (G.-S. S. 75.)

[10]) Früher seinem ganzen Inhalte nach; seit dem Ges. v. 10. April 1872 wird nur eine Anzeige des Erlasses in die G.-S., der Inhalt in die Amtsblätter aufgenommen.

welcher von der Ertheilung einer speciellen Concession absieht und Normativ-Bedingungen für die Erwerbung der Befugniß zur Ausstellung von Inhaber-Papieren Seitens der Vereinigungen von Grundbesitzern oder Seitens (handelsmäßiger) Actiengesellschaften oder Kommandit-Gesellschaften enthält.[11]) Das Project ist indessen demnächst nicht weiter verfolgt worden. So bewendet es denn namentlich in Preußen noch bei dem bisherigen Rechte. Auch nachdem durch das Bundes- (Reichs-) Gesetz vom 11. Juni 1870 die Concessionirung der Actien-Gesellschaften als solcher beseitigt ist, unterliegen die Statuten derjenigen Gesellschaften, welche Inhaber-Papiere ausgeben wollen, noch der staatlichen Genehmigung, welche nach den oben angedeuteten Gesichtspunkten bald ertheilt, bald versagt wird. Umgangen oder doch erübrigt wird dieses Erforderniß zuweilen dadurch, daß die Papiere auf den Namen bestimmter Personen ausgefertigt und mit deren Blanco-Giro ausgegeben werden, was in dem Falle, wenn die Gesellschaft (das Institut) als Kaufmann zu betrachten (wohin nach Art. 5 des H.-G.-B. in der Fassung des soeben erwähnten Gesetzes die Kommandit-Gesellschaften auf Actien und die Actiengesellschaften zu zählen), nach Art. 301 D. H.-G.-B. nicht zu beanstanden ist. Die Real-Sicherheit aller derartigen Papiere, welche in großen Mengen im Verkehr umlaufen[12]) und vielfach als besonders sichere Kapitals-Anlage gelten,

---

[11]) Abgedruckt bei Zimmermann a. a. O. S. 235 ff.

[12]) Der Courszettel der Berliner Börse führt unter der Rubrik „Hypotheken-Certifikate" die folgenden auf (Course vom 19. September 1874):

Hypotheken-Certifikate.

Anhaltische Landes-Bank-Hypotheken-Pfandbriefe	5	1/1.	1/7.	101¾	G
Deutsche Hypotheken-Bank, Pfandbriefe	4½	1/4.	1/10.	95¾	G
do. do. do.	5	1/4.	1/10.	100	G
Kündbare Central-Boden-Credit-Pfandbriefe . . .	4½	1/4.	1/10.	100¼	G
Unkündbare do. do. (1872)	5	1/1.	1/7.	102⅝	bz
do. do. do. (1873)	5	1/1.	1/7.	102⅝	bz
do. do. do. rückz. à 110	5	1/1.	1/7.	107⅝	G
do. do. do. do.	4½	1/1.	1/7.	99¼	G
do. do. do. (1874)	4½	1/1.	1/7.	99⅛	bz
Unkündbare Hypotheken-Briefe der Preuß. Boden-Credit-Bank I. u. II. Emiss. (rückz. à 110) . .	5	1/1.	1/7.	102⅝	bz G
do. do. III. Em. . . .	5	1/1.	1/7.	101	bz G
Kündbare Hypotheken-Schuldscheine d. Preußischen Boden-Credit-Bank	5	verschied.		99⅞	G
Krupp'sche Part.-Obligationen	5	1/4.	1/10.	100¾	B
Norddeutsche Grund-Credit-Bank	5	1/4.	1/10.	101½	bz.
Gothaer Prämien-Pfandbriefe I. Emission	5	1/1.	1/7.	107	bz.
do. do. II. Emission	5	1/1.	1/7.	105	bz
do. do. Pfandbriefe	4½	1/1.	1/7.	94¾	B
do. do. do.	5	1/1.	1/7.	102¾	bz

ruht in der Regel auf statutarischen Bestimmungen, welche den oben-wähnten der neueren landschaftlichen Statuten unverkennbar nachge-bildet sind. Wir lassen nachstehend einige Beispiele folgen. Die zu allegirenden Bestimmungen sind meistens auf den betreffenden Papieren wörtlich abgedruckt.

So heißt es in dem Statut der Ersten Preußischen Hypotheken-Actien-Gesellschaft v. 2. Mai 1864 (G.-S. S. 241):

Art. 31. „Kein Hypothekenbrief darf von der Gesellschaft ausgegeben werden, der nicht zuvor durch ausstehende Hypothekenforderungen vollkommen gedeckt ist" u. s. w.

Art. 33. „Die pünktliche Zahlung von Kapital und Zinsen der Hypothekenbriefe wird gesichert:

1) durch die Niederlegung eines den ausgegebenen Hypothekenbriefen wenigstens gleichen Betrages guter hypothekarischer Forderungen in den Archiven der Gesellschaft,
2) durch die unbedingte Haftung der Gesellschaft mit ihrem gesammten Vermögen, und insbesondere ihrem Grund-Kapital.

Sollten dennoch fällige Hypothekenbriefe, Zinskupons oder Zins-

---

Meininger Prämien-Pfandbriefe	4	1/2.		102 B
do. Hypotheken-Pfandbriefe	5	1/1.	1/7.	101⅛ bz
Pommersche Hypotheken-Bank (rz. 120)	5	1/1.	1/7.	105 G
do. do. (II. IV.) (rz. 110)	5	1/1.	1/7.	102 G
do. do. (III.) (rz. 100)	5	1/1.	1/7.	99¾ G
Preußische Hypotheken-Bank (rz. 120)	4½	1/1.	1/7.	100⅜ bz G
do. do. do.	5	1/1.	1/7.	100¼ bz G
Schlesische Boden-Credit-Pfandbriefe	5	1/1.	1/7.	100½ bz G
do. do.	4½	1/1.	1/7.	95⅛ bz
Stettiner National-Hypotheken-Pfandbriefe. . . .	5	1/1.	1/7.	99⅞ bz
do. do.	4½	1/1.	1/7.	95⅜ G
Süddeutsche Boden-Credit-Pfandbriefe	5	verschied.		102⅜ G
do. do.	4½	verschied.		98 bz
do. do.	4	verschied.		93⅜ bz

Allein die Preuß. Boden-Credit-Actien-Bank (vormals Jachmann) hat laut Jahresbericht v. 7. Juni 1873 an unkündbaren Hypothekenbriefen 11,652,500 Thlr. und an künd- oder rückzahlbaren sog. Hypothekenschuldscheinen 4,200,000 Thlr. emittirt. Der Russische Boden-Credit-Verein fordert laut Prospect vom Juni 1874 zur Zeichnung auf eine achte Serie von Pfandbriefen im Nominalbetrage von 10 Millionen Rubeln auf. Die Russische Central-Boden-Creditbank emittirt 1,000,000 Liv. Sterl. in 10,000 Pfandbriefen à 100 Liv. Das Institut hat eine ähnliche Organisation wie unsere Central-Landschaft und bildet die Spitze einer Vereinigung von Provincial-Boden-Credit-Anstalten, die die Beleihungen ausführen und zu dem Behufe Provincial-Pfandbriefe ausgeben. Letztere werden bei der Russischen Staatsbank deponirt und bilden die Hauptsicherheit für die Central-Pfandbriefe. Daneben haftet das Vermögen der Provincial-Bank und der Central-Boden-Credit-Bank selbst.

scheine von der Gesellschaft nicht eingelöst werden, so ist der Inhaber befugt, aus den sämmtlichen nach Art. 31 dafür als Garantie dienenden Hypothekenforderungen einen seiner Forderung gleichkommenden Betrag auszuwählen und sich zum Zwecke seiner Befriedigung gerichtlich überweisen zu lassen.

In Folge der gerichtlichen Ueberweisung tritt derselbe dem Schuldner gegenüber als Gläubiger an die Stelle der Gesellschaft."

Aehnlich bestimmt das Statut des Berliner Pfandbrief-Instituts vom 8. Mai 1868 (Ges.-S. S. 450):

§. 12: „Der Gesammtbetrag der auszufertigenden Pfandbriefe darf den Gesammtbetrag der dem Institut zustehenden hypothekarischen Kapitalforderungen nicht übersteigen" u. s. w.

§. 15: „Den Inhabern der Pfandbriefe wird für alle aus diesen Schuldverschreibungen des Pfandbriefamts entspringenden Forderungen mit dem Reservefond des Instituts und mit der dem Pfandbriefamt bestellten Hypotheken-Sicherheit gewährt, mit letzteren in der Art, daß der Pfandbriefs-Inhaber, soweit die Befriedigung seiner fälligen Forderungen nicht sofort aus der Kasse des Pfandbriefamts erfolgt, befugt ist, in der Höhe der ihm zustehenden Forderung aus den dem Institut gehörigen Hypotheken-Activis sich diejenigen richterlich mit den Rechten eines Cessionars überweisen zu lassen, welche er auswählt. Alle Rechte, welche dem Institut gegen das Grundstück oder den Besitzer zugestanden haben, gehen hierdurch auf ihn über."

Auch das Statut des Danziger Hypotheken-Vereins vom 21. December 1868 (Ges.-S. S. 37) bestimmt in §. 29 die Rechte des Pfandbrief-Inhabers dahin, daß er gegen den Verein seine Befriedigung

a. zunächst aus dem Reservefond,
b. sodann aus den von dem Verein für bewilligte Darlehne erworbenen und noch eigenthümlich besessenen Hypothekenforderungen mittelst gerichtlicher Ueberweisung auf Grund des Ges. v. 4. Juli 1822 §. 6 (Ges.-S. S. 178) nach seiner Auswahl

suchen dürfe.[13])

[13]) Dieser Bestimmung nachgebildet ist §. 29 des Statuts der National-Hypotheken-Credit-Gesellschaft, eingetragene Genossenschaft, zu Stettin (G.-S. v. 1871 S. 518).

Unbestimmter gehalten sind die einschlagenden Bestimmungen bei der folgenden Gruppe:

Das Statut der Preuß. Hypotheken-Actien-Bank zu Berlin v. 18. Mai 1864 (Ges.-S. S. 285) verordnet:

§. 19. „Die Gesammtsumme der auszugebenden Hypothekenbriefe der P. H. A. B. darf den zehnfachen Betrag des eingezahlten Grund-Kapitals nicht übersteigen."

§. 22. „Die P. H. A. B. darf Hypothekenbriefe nur bis zu einem Betrage ausgeben, welcher zuvor durch erworbene Hypothekenforderungen gedeckt ist."

§. 23. „Die Sicherheit der Hypothekenbriefe und deren Zinsen wird gebildet:

a. durch die in dem Tresor der Preußischen Hypotheken-Actien-Bank deponirten Hypothekenforderungen von mindestens dem gleichen Betrage,

b. durch das Grundkapital der Gesellschaft,

c. überhaupt durch das gesammte Vermögen der Preußischen Hypotheken-Actien-Bank, welches für die Verzinsung und Einlösung der Hypothekenbriefe unbedingt verhaftet ist.[14])"

Auch das Statut der Preußischen Boden-Credit-Actien-Bank zu Berlin vom 21. December 1868 (Ges.-S. S. 121) enthält nur Folgendes:

§. 25. „Die Bank darf Hypothekenbriefe nur bis zu einem Betrage ausgeben, welcher zuvor durch erworbene Hypothekenforderungen gedeckt ist."

§. 26. „Die Sicherheit der Hypothekenbriefe und deren Zinsen wird gebildet:

a. durch die in dem Tresor der Gesellschaft deponirten Hypothekenforderungen von mindestens dem gleichen Betrage;

b. durch das Grundkapital der Gesellschaft;

c. überhaupt durch das gesammte Vermögen der Gesellschaft, welches für die Verzinsung und Einlösung der Hypothekenbriefe unbedingt verhaftet ist.[15])"

---

[14]) Wörtlich gleichlautende Bestimmungen enthält das Statut der Pommerschen Hypotheken-Actien-Bank zu Cöslin v. 1. October 1866 (G.-S. S. 703), §§. 19, 22, 23. Aehnlich auch das Statut der Schlesischen Boden-Credit-Actien-Bank zu Breslau v. 13. März 1872 — G.-S. S. 297 — §§. 27, 34, 37.

[15]) In diese Kategorie gehören auch die Pfandbriefe des Russischen gegenseitigen Boden-Credit-Vereins, dessen Statuten bestimmen:

Viel schärfer gefaßt sind die Bestimmungen in dem durch Allerh. Erlaß vom 21. März 1870 genehmigten Statut der Preußischen Central-Bodencredit-Actien-Gesellschaft zu Berlin (G.-S. S. 253):

Art. 74. „Die Gesellschaft giebt in Höhe der ihr zustehenden hypothekarischen Forderungen verzinsliche Central-Pfandbriefe aus. Die Gesammtsumme derselben darf den zwanzigfachen Betrag des baar eingezahlten Grundkapitals nicht übersteigen.

Sie lauten auf den Inhaber und werden von dem Präsidenten oder einem Director und einem Mitgliede des Verwaltungsraths unterzeichnet und von einem Revisor mit der Bescheinigung versehen, daß die vorgeschriebene Sicherheit in Hypotheken-Instrumenten vorhanden sei." (Vergl. auch Artikel 60 von der Aufsicht der Staats-Regierung.)[16]

Art. 80. „Kein Pfandbrief darf von der Gesellschaft ausgegeben werden, der nicht zuvor durch eine ihr zustehende Hypothekenforderung gedeckt ist" rc.

Art. 81. „Die pünktliche Zahlung von Capital und Zinsen der Central-Pfandbriefe wird gesichert:

1) durch die Hinterlegung eines den ausgegebenen Hypothekenbriefen wenigstens gleichen Betrages guter hypothekarischer Forderungen in den Archiven der Gesellschaft;
2) durch die unbedingte Haftung der Gesellschaft mit ihrem gesammten Vermögen, insbesondere mit ihrem Grundkapital und Reservefonds.

Die hinterlegten Hypothekenforderungen (Nr. 1) haften nicht für die sonstigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft; sie

§. 92. Die Summe der ausgegebenen Pfandbriefe darf nicht größer sein, als die Summe der auf die verpfändeten Güter gemachten Darlehen auf lange Termine. Das Vereins-Capital der Gesellschaft (§. 106) darf nicht geringer sein, als der zwanzigste Theil des Nominal-Werthes aller von der Gesellschaft nicht eingelösten Pfandbriefe.

§. 100. Die Einzahlung und die Einlösung der Pfandbriefe werden garantirt wie folgt:

1) durch alle Summen des Betriebs-Capitals der Gesellschaft (§§. 113—115),
2) durch das Reserve-Capital der Gesellschaft (§. 16),
3) durch das Vereins-Capital (§§. 92—106),
4) durch die solidarische Haftbarkeit aller bei der Gesellschaft verpfändeten Güter (§§. 79—80), und endlich
5) durch das von der Regierung zu diesem Zwecke gelieferte Subventions-Capital (5 Millionen Rubel 5 procentige Reichsbank-Billete) (§. 132).

[16]) Der Reg.-Comm. bezeugt unter den Pfandbriefen, daß die Bestimmungen über den Gesammtbetrag der auszugebenden Pfandbriefe beobachtet seien rc.

werden vielmehr aus deren Vermögen ausgeschieden und ausschließlich als Sicherheit für die Inhaber von Central-Pfandbriefen unter Mitverschluß des Staats-Commissars oder eines von demselben zu designirenden Beamten deponirt."

Auch zwei neuerlich in Concurs verfallene Gesellschaften, die Westend-Gesellschaft, H. Quistorp & Co. und die Actien-Gesellschaft Deutscher Central-Bauverein haben Hypothekenbriefe, bei der ersteren „Prioritäts-Obligationen" genannt, emittirt, welche, weil die Gesellschaften das Privilegium zur Ausgabe von Inhaber-Papieren nicht erlangt oder nicht nachgesucht haben, auf Namen gestellt sind. Die Emission der Westend-Obligationen beruht auf einem Regulativ vom 1. Juli 1872, erlassen vom Aufsichtsrath der Gesellschaft, das folgende Bestimmungen enthält:

§. 2. „Keine Prior. Obl. darf eher ausgegeben werden, als bis volle Deckung für dieselbe durch in Händen der Gesellschaft befindliche Hypotheken vorhanden ist 2c. Die Kuratoren der Gesellschaft haben darüber zu wachen, daß diese Bestimmungen beobachtet werden, und daß dies geschehen, auf jeder Prior.-Obl. vor deren Ausgabe zu bescheinigen."

§. 3. „Die Prior.-Obligationen bilden eine Schuld der Gesellschaft, für welche zunächst die deponirten Hypotheken-Documente und sodann das ganze übrige Vermögen der Gesellschaft haftet."

Wörtlich gleichlautende Bestimmungen in Betreff der Hypothekenbriefe des Deutschen Central-Bau-Vereins finden sich in dem Statut dieser Gesellschaft vom 13. Juni 1872 §§. 44, 45.

Allen diesen Bestimmungen liegt der gemeinsame Gedanke zu Grunde, daß die Hypothekenforderungen, auf welchen die Emission der Pfandbriefe (Hypothekenbriefe, Prioritäts-Obligationen 2c.) beruht, den Inhabern dieser Papiere zur Sicherheit dienen sollen. Damit ist aber freilich für den juristischen Character der Sicherheit noch nichts Erhebliches gewonnen. Auch mit den Prioritäts-Obligationen der Eisenbahn-Gesellschaften verbindet sich gewöhnlich die Vorstellung einer besonderen Sicherheit. Diese liegt aber in der Regel nur in dem Gläubiger-Verhältnisse, also in dem einfachen Vorzugsrechte vor den Stamm-Actien und den Stamm-Prioritäts-Actien.[17]) Selbst da, wo die Privilegien, wie z. B. für die dritte Emission der Berlin-

[17]) Vgl. Bekker, Zeitschr. f. d. ges. H.-R. Bd. 16 S. 34 ff.

Hamburger-Gesellschaft (Ges.-S. 1870 S. 574) ausdrückliche Verpfändungen (Pfandbestellungen) enthalten, kann ein wahres Pfandrecht (mit Separationsrecht im Concurse) nur in der gewöhnlichen Art entstehen, also an Immobilien nur mittelst Eintragung.[18]) Wie verhält es sich nun mit unseren „Pfandbriefen"? Im Publicum herrscht die Voraussetzung, daß den Inhabern überall ein wirkliches dingliches Vorzugsrecht an den zu Grunde liegenden Hypotheken-Forderungen zukomme, dessen Geltendmachung namentlich auch im Concurse des emittirenden Instituts den gewöhnlichen Buchgläubigern desselben gegenüber gesichert sei. Man kann sich nicht vorstellen, daß die besondere Hervorhebung der Hypotheken-Forderungen in den Statuten als „Sicherheit" oder „Deckung" der Pfandbriefe sowie ihrer Haftung für die letzteren ohne rechtliche Bedeutung sein könne, sondern geht davon aus, daß zwischen den Inhabern der Pfandbriefe und den Hypotheken ein näheres, zur Sicherung der ersteren geeignetes Verhältniß bestehe. Sind die Hypotheken — so sagt man — nichts als ein gewöhnlicher Bestandtheil des Vermögens des emittirenden Instituts, so kann jede fehlschlagende Speculation die „Sicherheit" der Pfandbriefinhaber vereiteln. Bricht Concurs aus, so würden sie alsdann zur Masse gehören, an die jeder Wechsel- oder sonstige chirographarische Gläubiger gleiches Anrecht mit jenen anscheinend so gesicherten Gläubigern genießt. Und selbst ohne Concurs würde, ganz abgesehen von Veräußerungen der Hypotheken an Dritte, von Einziehung und Löschung derselben — sämmtlich Verfügungen, denen kein rechtliches Hinderniß entgegenstände — jeder gewöhnliche Gläubiger durch Execution und Zwangsverkauf den Pfandbrief-Inhabern jenes Befriedigungsobject zu entziehen in der Lage sein. Wären solche Befürchtungen durchweg oder doch in erheblichem Maße gegründet, und erlangten dieselben allgemeine Verbreitung, so würde der Credit der in Rede stehenden Papiere nothwendig leiden und deren Absatz gefährdet sein. Die Untersuchung der rechtlichen Natur der gebotenen Sicherheit ist daher nicht ohne Interesse.

Die nächst Frage ist die: Ist es überhaupt mit rechtlicher Wirkung zulässig, den Pfandbrief-Inhabern ein Vorrecht vor den gewöhnlichen Gläubigern, insonderheit ein ausschließliches Vorrecht an den zu ihrer Deckung bestimmten Vermögens-Theilen zu sichern?

---

[18]) Vgl. Deutsches Handelsblatt 1874, Nr. 12.

Soweit es sich um ein Vorzugsrecht ohne individuell bestimmtes Object handelt, ist die Frage unbedenklich zu verneinen. Denn die Bestimmungen über die Rangordnung der Gläubiger im Concurse oder Prioritäts-Verfahren sind unzweifelhaft öffentlichen Rechtens und können durch Privat-Verfügung nicht abgeändert werden. Den Charakter einer Privat-Verfügung aber verlieren die Statuten auch nicht durch die landesherrliche Bestätigung. Die Privilegien zur Ausgabe von Inhaberpapieren werden ausdrücklich stets nur vorbehaltlich der Rechte Dritter ertheilt. Die Festsetzungen über die Wirkung der entsprechenden Verpflichtungen müssen sich also auf dem Boden des jus commune bewegen. Dieselben sind daher auch, was die Einräumung von Vorrechten (Pfandrechten) auf gewisse Vermögens-Kategorien oder Vermögensobjecte des Schuldners (Instituts) anlangt, an die allgemeinen Landesgesetze gebunden. Bei dem das moderne Pfandrecht beherrschenden Publicitäts- und Specialitäts-Princip kann von einem Pfandrecht der Pfandbriefinhaber an dem „gesammten Vermögen", dem „Grundcapital" oder den „Reservefonds", welche ausweislich der obigen Uebersicht oft als „unbedingt" oder als „zunächst" für die Pfandbriefe verhaftet bezeichnet sind, nicht die Rede sein. Denn insonderheit diese beiden letzten Kategorien bezeichnen nur Geldsummen, welche in der verschiedensten Weise angelegt sein können, nicht bestimmte Vermögensgegenstände, deren Eigenschaft als dem Pfandnexus unterworfen allgemein kenntlich gemacht werden könnte. Ihre Aufzählung als Deckungsmittel geschieht daher nur in thatsächlichem Sinne, ähnlich wie man das Stammcapital einer Noten-Bank oder deren sämmtliche Fonds für die Banknoten haftbar macht und von der Deckung der Banknoten durch Metall ꝛc. (in speciellem Sinne) redet.[19]) Wie fern also auch bei den meisten der in Rede stehenden Institute der Fall einer Collision mit chirographarischen Gläubigern liegen mag, die Möglichkeit ist nicht in Abrede zu stellen, daß diese im Allgemeinen den Pfandbriefinhabern den Gegenstand ihrer Befriedigung, welchen das eigene Vermögen der emittirenden Institute bildet, zu schmälern im Stande sind.

Günstiger liegt die Sache bezüglich der Hypotheken-Forderungen. Auch hier kann den Pfandbrief-Inhabern Sicherung nur in denjenigen Formen gewährt werden, welche das allgemeine Civil-

---

[19]) Preuß. Bankordnung vom 5. October 1846. §§. 20, 31, 32.

oder Proceß-Recht gestattet. Den processualischen Weg betreten die-jenigen Statuten, welche nach dem Vorgange mancher landschaft-lichen Credit-Institute[20]) ausdrücklich bestimmt haben, daß der Inhaber des Pfandbriefs bei Nichterfüllung der betreffenden Verpflichtungen aus den als Garantie dienenden Hypothekenforderungen sich einzeln auswählen und gerichtlich überweisen lassen dürfe. Es ist dies die oben zusammengestellte erste Gruppe. Einer solchen richterlichen Hülfe bedarf freilich auch der nach Preußischem Recht, welcher ein pignus nominis verfolgt.[21]) Allein die ausdrückliche Hervorhebung dersel-ben als (ausschließlichen) Inhalts des dem Pfandbriefs-Inhaber eingeräumten Rechts deutet darauf hin, daß es sich hier nicht um den Ausfluß eines Pfandrechts handelt. Ein besonders werthvolles Recht würde dann allerdings hier überhaupt nicht gewährt werden. Die Pfandbrief-Inhaber werden einfach auf den gewöhnlichen Weg der Klage und Execution in ausstehende Forderungen ihres Schuldners nach Maßgabe des in einzelnen Statuten ausdrücklich allegirten Ge-setzes vom 4. Juli 1822 verwiesen, welcher jedem anderen Gläubiger gleichfalls offensteht. Diese würden, selbst wenn der Pfandbriefs-Inha-ber bereits zur Einklagung einer Hypothekenforderung ermächtigt wor-den ist, noch immer dieselbe Forderung auswählen, der Ermächtigung beitreten und aus der ersteren ihre Befriedigung suchen können (Con-curs-Ordn. vom 8. Mai 1855 §§. 363 fgde.) Die Annahme der Hypothek zum Nennwerthe in Zahlung (Ges. v. 4. Juli 1822 §. 6) ist bedenklich, wenn ihre Realisation zum vollen Betrage nicht mit unbedingter Gewiß-heit zu erwarten ist, und auch bei diesem Modus kann jeder Buch-Gläubi-ger den Pfandbrief-Inhabern zuvorkommen. Daß durch die erfolgte Uebereignung alle Rechte des Instituts an das Grundstück oder dessen Be-sitzer auf den Executionssucher übergehen, ist eine selbstverständliche Conse-quenz der Maßregel, deren Ausdruck in den Statuten entbehrlich erscheint. —

---

[20]) Statut d. Neuen landschaftl. Creditvereins f. Posen v. 1857 §. 11 (G.-S. S. 326) u. v. 1866 §. 31 (G.-S. S. 671). Stat. der Westpreuß. Landschaft v. 1861 §. 23 (G.-S. S. 206) u. v. 1868 §. 13 (G.-S. S. 497). Statut für Sachsen v. 1864 §. 17 (G.-S. S. 353). Rev. Reg. v. 22. Nov. 1867 f. Schlesien §. 34 (G.-S. S. 1876.) Schles. Reg. v. 1872 Ziff. 7 (G.-S. S. 98). Auf die Execution ohne Bezeichnung der Hypothekenforderungen als Executionsobject verweisen d. Stat. f. d. Ob.- u. Nied.-Lausitz v. 1865 §. 31 (G.-S. S. 1056) und f. d. Pommerschen Land-Creditverband v. 1871 §. 29 (G.-S. S. 353).

[21]) All. L.-R. I., 20. §§. 25 ff., 289, 296; Koch Pr. Privatr. Bd. I. §. 365, II. § Anders Förster, Preußisches Privat-Recht I. §. 192.

Den schärfsten Gegensatz gegen diesen rein processualischen Siche-ngs-Modus bilden diejenigen Statuten, welche, wie das der Preußi-en Central-Boden-Credit-Actien-Gesellschaft, den Pfandbrief-Inhabern mittelbar ohne Erwähnung des Richters ein ausschließliches orrecht an den zur Deckung der Pfandbriefe bestimmten Hypotheken-rderungen zusichern. Auch diese Satzungen sind nicht ohne Vorgang den landschaftlichen Statuten.[22]) Enthielten sie eine Abwei-ung von dem allgemeinen Pfand-, Executions- und Concurs-Recht, würde es sehr fraglich sein, ob dieselbe durch die in der Hypotheken-dnung von 1783 und der Grundbuchordnung von 1872 befindlichen orbehalte hinreichend gedeckt wäre. Denn §. 240 II., Hypotheken-dnung bezieht sich nur auf die damals bereits bestehenden Regle-nts, bei welchen es bewenden sollte, und würde eventuell in mate-ller Beziehung durch das spätere Allg. Land-Recht abgeändert sein; 47 der Grundbuch-Ordnung aber schützt nur die Vorschriften über Aufnahme, Eintragung und Löschung der Pfandbriefdarlehne, er die Umschreibung eingetragener Forderungen in Pfandbriefdar-ne und die Umwandelung der Pfandbriefe. Allein schon der stand, daß jene Statuten ebenso wie die der Central-Boden-Credit-sellschaft mit der in Rede stehenden Vorschrift die Königliche enehmigung gefunden haben, muß Bedenken gegen die Meinung egen, welche die Einräumung eines derartigen Vorzugsrechts für un-rksam hält. Die rechtliche Gültigkeit der an das Inhaberpapier knüpften Rechte ist sicherlich vor Ertheilung der Genehmigung nicht geprüft geblieben. Und besteht denn wirklich ein Widerspruch zwischen r fraglichen statutarischen Bestimmung und jenen allgemeinen Gesetzen? e Frage spitzt sich dahin zu: Ist die Einräumung des Vorzugsrechts reinbar mit den gesetzlichen Regeln über Entstehung des Pfand-chts an Hypothekenforderungen, welches ja Vorzugs- resp. Abson-rungsrecht in der Executionsinstanz und im Konkurse gewährt?

---

[22]) Kur- u. Neumärk. Reg. v. 15. März 1858 §. 10 (G.-S. S. 74): „Die r das Credit-Institut eingetragenen Darlehnsforderungen sind ausschließlich den haberu Neuer Pfandbriefe zu ihrer Sicherheit angewiesen und können von an-ren Gläubigern des Instituts auf keine Weise in Anspruch genommen werden." st wörtlich gleichlautend §. 12 d. zusätzl. Best. f. Ostpreußen v. 28. Febr. 1859 .-S. S. 91) u. §. 18 des Statuts der Central-Landschaft (G.-S. 1873 S. 310), lches übrigens in §. 22 auch auf die gerichtliche Ueberweisung von Hypotheken-rderungen hinweist.

Das Allg. Landrecht subsumirt die Verpfändung von Forderungen der Verpfändung durch symbolische Uebergabe (I., 20 §§. 271 fgd., 281 fgd.). Bereits bei einer früheren Gelegenheit habe ich in dieser Zeitschrift nachzuweisen gesucht, daß der Gedanke jenes, auch in die Gesetzgebung des Norddeutschen Bundes übergegangenen Rechtsinstituts auf eine Abschwächung und Erweiterung des Traditionsbegriffs für solche Fälle hinausläuft, wo die Natur des Gegenstandes und die Interessen des Verkehrs sich mit der strengen Aufrechterhaltung der Erfordernisse einer wirklichen Uebergabe nicht vereinigen lassen.[23]) Wie für „Kaufmannswaaren" in mancherlei Anwendung, so gilt dies auch für „ausstehende Forderungen." Die Hypothekenforderung ist keine Sache, die sich körperlich übergeben läßt. Wenn man auch bildlich sagen kann, daß die Forderung sich in gewissem Sinne in dem Documente verkörpere, oder daß letzteres der Träger der Forderung sei, so sind doch Document und Forderung nicht identisch. Ein Faustpfand an der Forderung ist daher streng genommen nicht möglich. Das Publicitäts-Prinzip wie das Specialitäts-Prinzip lassen sich aber auch ohne eigentliche Uebergabe des verpfändeten Gegenstandes befriedigen. Es genügt eben die symbolische Uebergabe. Dieses Institut ist so elastisch, daß darin die verschiedensten Kategorieen von Gegenständen Raum finden. Der Kernpunkt ist, daß der „Besitz" auf den Pfandgläubiger durch solche Zeichen übertragen wird, aus welchen die vorgefallene Veränderung auch für Andere außer den kontrahirenden Parteien ersichtlich ist (a. a. O. §. 272). Zu der schriftlichen Erklärung des Schuldners, den Besitz dem Gläubiger übertragen zu wollen, muß daher ein symbolischer Act treten, dessen Beschaffenheit im Allgemeinen der Wahl der Betheiligten nach Maßgabe der Umstände des Falles überlassen ist.[24]) Dürfen wir jene Erklärung in der statutarischen Haftbarmachung der Hypotheken für die Pfandbriefe erblicken, so wird auch die symbolische Uebergabe kaum zu vermissen sein. Als Specialisirung des Gegenstandes wird es genügen, wenn durch die Collectivbezeichnung „Hypothekenforderungen" die von der Gesellschaft erworbenen Hypotheken sämmtlich umfaßt werden. Die „Aushändigung" der darüber ausgestellten Urkunden, welche das A. L.-R. und das spätere Gesetz von

---

[23]) In dem Aufsatze „Ueber Verpfändung mittelst symbolischer Uebergabe" Bd. V. S. 341 ff.

[24]) Ebend. S. 351.

1809 vorschreiben,[25]) ist aber auch nur ein Modus der symbolischen Uebergabe, welcher eventuell durch einen anderen ersetzt werden kann. Wenigstens wird dies da gelten, wo nach dem Zwecke der Verpfändung eine eigentliche Aushändigung der Urkunde nicht möglich ist. Soll die Verpfändung für einen ganzen Kreis von Gläubigern, die Pfandbrief-Inhaber, wirken, so kann an Stelle der Aushändigung, dem Gedanken der symbolischen Uebergabe des Pfandes gemäß, recht wohl ein anderer Vorgang treten, durch den der Zweck dieser Vorschrift ebenso gut erreicht wird. Und sollte es hierzu nicht genügen, wenn die Hypotheken-Documente abgesondert von den übrigen Urkunden der Gesellschaft unter Mitverschluß des Staats-Commissars aufbewahrt werden, wie dies z. B. das Statut der Central-Boden-Credit-Gesellschaft verordnet? Der hierdurch hergestellte Zustand grenzt doch in der That sehr nahe an eine körperliche Uebergabe. Faßt man nur in's Auge, daß es sich hier nicht um Aushändigung an einzelne Personen, sondern an die Gesammtheit der Pfandbrief-Inhaber, also an eine Vielheit von Personen handelt, so bedarf es einer gemeinsamen Detentions-Anstalt und deren Organisation durch das Statut. Daß die Urkunden in den Archiven der Gesellschaft selbst hinterlegt werden, wird dadurch unschädlich gemacht, daß der Mitverschluß dem Staatscommissar oder einem Beauftragten desselben übertragen ist. Es wird dadurch eine Art von Stellvertretung der Pfandbrief-Inhaber im Pfandbesitze geschaffen in der Ausdehnung, wie sie eben nach der Natur des obwaltenden Verhältnisses möglich, aber auch ausreichend ist. Da, wo es an einem Staatscommissar fehlt, also bei Gesellschaften, die nicht Pfandbriefe auf Inhaber ausgeben, könneu auch andere, von der Verwaltung der Gesellschaft unabhängige Organe (Curatoren u. dgl. m.) jene Function übernehmen. Es wird selbst nichts entgegenstehen, daß ein einzelner Pfandbriefs-Besitzer als Mandatar oder negotiorum gestor für alle sich den Mitverschluß der Hypotheken-Documente mit der gleichen Wirkung von der Gesellschaft übertragen läßt. Auch ist nicht ausgeschlossen, daß ein solches Organ der Pfandbrief-Interessenten gleichzeitig eine Stellung in der Gesellschaft, etwa als Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsraths, be-

[25]) §. 281 h. t. (Das „nur" ist wohl nicht wörtlich zu nehmen). §§. 515 516 ibid. Verordn. v. 9. December 1809 §§. 1. 2. (N. C. S. XII., 909) vgl. §. 53. 54. d. Ges. v. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb u. s. w. Art. 309 H. G.-B. bietet für den vorliegenden Zweck keine Erleichterung.

kleidet, ja, daß ihm das Statut gerade mit Rücksicht auf diese Eigenschaft die in Rede stehende Function überweist. Nur der Direction der Gesellschaft (dem Vorstande) selbst wird der Verwahrer der Documente nicht angehören dürfen. In diesem Falle würde ein constitutum possessorium vorliegen, welches bekanntlich beim Faustpfande unzuläßig ist.

Läßt sich in dieser Weise eine Vermittelung zwischen dem Exclusivrecht der in Rede stehenden Statuten-Gruppe und den landrechtlichen Vorschriften über die Entstehung des Pfandrechts an Forderungen herstellen, so kann man sich freilich nicht verhehlen, daß dem Buchstaben des Gesetzes nicht genügt wird.[26]) In noch höherem Maße gilt dies von den einschlagenden Bestimmungen des code civil. Denn dieser erfordert zur Verpfändung von Mobiliar-Forderungen die Zustellung einer öffentlichen oder gehörig einregistrirten[27]) Privaturkunde an den Schuldner der zum Faustpfande gegebenen Forderung und außerdem, daß das Faustpfand in den Besitz des Gläubigers oder eines von den Parteien gewählten Dritten gekommen und darin verblieben ist (Art. 2075. 2076.) Aber, wie dem auch sein mag, selbst bei der günstigsten Auslegung ergeben sich für die praktische Ausführung gleiche Schwierigkeiten auf dem Boden des preußischen wie des französischen Rechts. Dürfen wir auch von einer Stellvertretung im Besitze bei der Entstehung des Pfandrechts ausgehen, so fehlt es doch im Gesetze sowohl als in den bisher bekannt gewordenen Statuten an Bestimmungen, wie die gemeinsamen Rechte der Pfandbrief-Inhaber weiter geltend gemacht werden sollen. Es müßte ein Organ geschaffen sein, welches bei Execution in die haftenden Hypothekenforderungen intervenirend aufzutreten, welches im Concurse der Gesellschaft die Befriedigung der Pfandbrief-Inhaber aus den Hypotheken als aus einer besonderen Masse zu erwirken, kurz während der ganzen Dauer des Verhältnisses die Rechte der ersteren an den Hypotheken nach allen Richtungen hin wahrzunehmen haben würde. Die landschaftlichen Statuten der vorliegenden Gruppe haben wenigstens dafür Sorge getragen, daß keine Hypothek ohne Sicherung der Pfandbrief-Inhaber eingezogen und gelöscht werden kann.[28]) Auch diese Garantie fehlt in dem Statut der Central-

---

[26]) Auch an eine Entziehung der Hypothekenforderungen aus dem Verkehr (A. L.-R. I., 4 §§. 15 ffg.) ist nicht zu denken.

[27]) Nur von der Einregistrirung entbindet in Handelssachen Art. 44 des Preuß. Einf.-G. z. H. G.-B.

[28]) Die Hypothekenbehörde darf nur auf ein Attest, daß ein entsprechender

Boden-Credit-Gesellschaft. Die Controle des Regierungs-Commissars erstreckt sich hauptsächlich nur auf die Innehaltung der statutenmäßigen Grenzen hinsichtlich der Sicherheit der Hypotheken und auf die Ausgabe der Pfandbriefe, und sie ist nur Befugniß, nicht Verpflichtung

Vollends ist der Vorwurf der Unvollständigkeit den Statuten zu machen, welche sich über die Bedeutung der in den Hypothekenforderungen gleichen Betrages vorhandenen Sicherheit überhaupt nicht näher aussprechen, sondern sich wiederum nach dem Vorbilde landschaftlicher Statuten[29]) damit begnügen, zu verordnen, daß die Sicherheit der Pfandbriefe durch die Hypothekenforderungen, welche uneigentlich als im Tresor der Gesellschaft deponirt bezeichnet werden, und durch andere Gesellschaftsactiva gebildet werde (Preuß. Hypotheken-Actien-Bank; Preuß. Boden-Credit-Actien-Bank). Da diese anderen Activa, wie bereits oben angedeutet worden, einem wirklichen Pfandrecht nicht wohl unterworfen werden können, so darf man billig zweifeln, ob dies bezüglich der mit ihnen in völlig gleiche Kategorie gestellten Hypothekenforderungen beabsichtigt ist. Letzteres ist dagegen offenbar da der Fall, wo die Statuten (wie bei der Westend-Gesellschaft und dem Central-Bau-Verein) die Hypothekenforderungen „zunächst" für die Pfandbriefe haftbar machen.[30]) Freilich muß man auch hier zugeben, daß der Ausdruck ein unvollkommener und zu rechtlichen Zweifeln Anlaß gebender geblieben ist.

In sämmtlichen, vorstehend kurz charakterisirten Satzungen haben wir eine autonomische Rechtsbildung vor uns, welche gewissermaßen auf halbem Wege stehen geblieben ist. Die Bedürfnisse des Real-Credits sowohl wie der Kapitals-Anlage fordern ein Papier, welches mit der Sicherheit der Hypothek ausgestattet, doch von der selbst durch das moderne Grundbuchrecht nicht völlig abgestreiften und kaum abstreifbaren Schwerfälligkeit derselben befreit und dem Börsenverkehr zugänglich ist, mit anderen Worten eine mobilisirte Hypothek mit den Eigenschaften eines Börsenpapiers. Diesen Anforderungen suchen die Pfandbriefe der Hypothekenbanken zu genügen. Allein was die Sicher-

---

Betrag von Pfandbriefen aus dem Umlauf gezogen oder präcludirt sei, die Löschung verfügen. Reg. f. Kur- u. Neumark v. 1858 §. 12, Stat. der Central-Landschaft §. 19; weniger scharf: Zusätzl. Best. f. Ostpreußen v. 1859 §§. 8, 12.

29) Reg. v. 1869 f. das Neue Brandenb. Credit-Institut §. 23 — „namentlich" — (G.-S. S. 1035).

30) So auch das Reg. v. 1866 f. Ostpreußen §. 9 (G.-S. S. 343).

heit anlangt, ist das angestrebte Ziel nicht erreicht. Diese Seite ist in den Statuten nicht genügend ausgebildet, und man darf anerkennen daß ihnen das bestehende Recht dabei nicht unerhebliche Schwierigkeiten entgegenstellt. In Oesterreich-Ungarn haben sich die gleichen Mängel bereits in dem Grade fühlbar gemacht, daß die Gesetzgebung sich zum Einschreiten bewogen gefunden hat. Das Gesetz vom 24. April 1874, betreffend die Wahrung der Rechte der Besitzer von Pfandbriefen (R. G. Bl. XV. St. Nr. 48) löst die erheblichsten Zweifel in einer Weise, welche unsere Beachtung im vollsten Maße verdient. Wir lassen den Wortlaut deshalb nachstehend folgen:

„1. Eine Anstalt, welche unter staatlicher Aufsicht Pfandbriefe ausstellt,[31]) kann über diejenigen Vermögensobjecte, welche statutenmäßig zur vorzugsweisen Deckung der Pfandbriefe zu dienen haben, nur mit Zustimmung des ihr beigegebenen Regierungs-Kommissärs verfügen. Der Regierungs-Kommissär darf seine Zustimmung nur dann ertheilen, wenn er die Ueberzeugung gewonnen hat, daß durch die Verfügung die statutenmäßige Deckung der Pfandbriefe nicht beeinträchtigt wird. Auf Grund einer Urkunde der Anstalt, welche eine solche Verfügung bezweckt, kann eine Eintragung in den öffentlichen Büchern nur dann erfolgen, wenn die Urkunde von dem Regierungs-Kommissär mitgefertigt ist.

2. Die Besitzer von Pfandbriefen haben das Recht, aus den im §. 1 bezeichneten Vermögensobjecten der Anstalt vorzugsweise befriedigt zu werden, daher Gläubiger der Anstalt, deren Forderungen nicht aus Pfandbriefen entspringen, eine Execution nur unbeschadet dieses Rechts erwirken können. Die Gesammtheit dieser Vermögensobjecte bildet im Falle des Concurses der Anstalt eine besondere Masse, aus welcher jene Gläubiger, deren Ansprüche aus Pfandbriefen der Anstalt entspringen vor den übrigen Concursgläubigern zu befriedigen sind.

3. Wird auf ein Vermögensobject einer Anstalt, welche berechtigt ist, unter staatlicher Aufsicht Pfandbriefe auszustellen, Execution geführt, so hat das die Execution bewilligende Gericht hiervon den Regierungs-Commissär von Amtswegen zu verständigen, welchem es obliegt, falls dieses Object zur Deckung für

[31]) z. B. Die österr. National-Bank und die österr. Allg. Boden-Credit-Anstalt zu Wien — vgl. Saling, die Börsenpapiere II, 1 (1871) S. 261. 272.

die Pfandbriefbesitzer zu dienen hat, das Gericht hiervon in Kenntniß zu setzen. Auf Grund dieser Mittheilung hat das Gericht die bewilligte Execution der im §. 2 enthaltenen Bestimmung gemäß einzuschränken. Ueberdies hat der Regierungs-Commissär, wenn er die Rechte der Besitzer der Pfandbriefe für gefährdet erachtet, die Bestellung eines gemeinsamen Curators zur Vertretung dieser Besitzer bei dem hierzu zuständigen Gerichte zu erwirken. Ein solcher Curator ist im Falle des Concurses der Anstalt durch das Concursgericht von Amtswegen zu bestellen. Die Bestellung eines solchen gemeinschaftlichen Curators kann auch von Demjenigen, dessen Rechte in ihrem Gange durch den Mangel einer Vertretung der Pfandbriefbesitzer gehemmt würden, begehrt werden. Auf diese Curatoren finden die Bestimmungen Anwendung, welche in Ansehung der gemeinsamen Curatoren zur Vertretung der Besitzer von auf Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Theilschuldverschreibungen gelten.

4. Eine Anstalt, welcher die staatliche Bewilligung zur Ausgabe von Pfandbriefen erst nach dem Beginne der Wirksamkeit dieses Gesetzes ertheilt wird, hat die zur vorzugsweisen Deckung der Pfandbriefe bestimmten Vermögensobjecte als Caution für Befriedigung der Ansprüche aus den Pfandbriefen zu bestellen und dies in ihren Statuten ersichtlich zu machen.

5. In Ansehung derjenigen als Caution bestellten Vermögensobjecte, an welchen ein bücherliches Recht erworben werden kann, ist deren Haftung als Caution zur Sicherstellung für die Befriedigung der Ansprüche aus den von der Anstalt ausgegebenen Pfandbriefen in den öffentlichen Büchern auf Grund einer von der Anstalt auszustellenden Erklärung einzutragen. Zur Erwirkung der gänzlichen oder theilweisen Löschung des Cautionsbands genügt die amtliche Bestätigung des Regierungs-Commissärs, daß das belastete Vermögensobject gänzlich oder theilweise aufgehört habe, als Caution für die Befriedignng der Pfandbriefbesitzer zu dienen. Von der Eintragung, sowie von der Löschung des Cautionsbands ist der Regierungs-Commissär zu verständigen. Der Aufstellung eines gemeinsamen Curators bedarf es zu diesem Zwecke nicht. Die zum Zwecke der Eintragung und Löschung des Cautionsbands ausgestellten Urkunden

und vorgenommenen bücherlichen Eintragungen sind stempel- und gebührenfrei.

6. Werden nach Maßgabe der Statuten baares Geld oder Werthpapiere als Caution bestellt, so sind diese Cautionsobjecte abgesondert von dem übrigen Vermögen der Anstalt, unter Mitsperre des Regierungs-Commissärs, zu verwahren. Werthpapiere, in welchen das Vermögen eines Pflegebefohlenen nicht angelegt werden kann, sind von der Bestellung als Caution ausgeschlossen.

7. Auf Landesanstalten, welche Pfandbriefe ausstellen und für deren Verbindlichkeiten das Vermögen eines Landes haftet, finden die Bestimmungen dieses Gesetzes mit der Maßgabe Anwendung, daß zur Erfüllung der in denselben dem Regierungs-Commissär zugewiesenen Aufgabe der Landesausschuß und beziehungsweise der vom Landesausschusse abgeordnete Commissär berufen ist.

8. Die Wirksamkeit dieses Gesetzes beginnt mit dem Tage seiner Kundmachung."

Abgesehen von der etwas krausen Systematik und der eigenthümlichen Sprache, finden sich hier durchaus gesunde, den Absichten des vorliegenden Rechtsinstituts entsprechende Normen. §. 2 erkennt das ausschließliche Vorzugsrecht an. Hieraus folgt die Verfügungsbeschränkung, über deren Beachtung der Regierungs-Commissär zu wachen hat (§. 1 u. §. 3). Bei Execution und Concurs werden die Pfandbrief-Inhaber vorweg und abgesondert befriedigt; ihre Rechte nimmt ein Curator wahr (§§. 2. 3.), für den die Bestimmungen eines anderen neuen Gesetzes, betreffend die gemeinsame Vertretung der Rechte der Besitzer von auf Inhaber lautenden oder durch Indossament übertragbaren Theilschuldverschreibungen[32]) Anwendung finden. Künftig müssen

[32]) Dieses Gesetz bestimmt, daß für die jeweiligen Besitzer solcher Partial-Obligationen (Prioritäts-Obligationen, Loose 2c.) vom Gerichte ein gemeinsamer Curator im Falle der Gefährdung ihrer Rechte und des ausgebrochenen Concurses des Emittenten zu bestellen ist. Die Bestellung eines gemeinsamen Curators kann jeder Betheiligte verlangen, und das Gericht hat darüber Beschluß zu fassen. Die Eintragung des Pfandrechts für die Besitzer der in Rede stehenden Obligationen bedarf, falls die emittirende Anstalt unter staatlicher Aufsicht steht, der Bestätigung der beaufsichtigenden Organe. Mit dem Erwerbe einer Theilschuldverschreibung wird ein solches Pfandrecht mit erworben. Die Erwerbung selbst wird nicht bücherlich eingetragen. Auf die vom Staate,

alle statutarisch zur vorzugsweisen Deckung der Pfandbriefe bestimmten Objecte besonders als Caution bestellt und eventuell unter Mitsperre des Regierungs-Commissars verwahrt werden (§§. 4, 5).

Zweifellos werden diese Bestimmungen den Credit der Oesterreichischen Pfandbriefe wesentlich heben. Eine Regelung der Materie in Deutschland wird sich in der Hauptsache in gleicher Richtung bewegen müssen, wenn dieselbe auf den gleichen Erfolg rechnen will. Stellen sich die Gesellschaften, welche dergleichen Privat-Pfandbriefe (wenn der Ausdruck erlaubt ist) emittiren, nicht selbst die Aufgabe, die gesetzliche Sicherung des von ihnen in's Leben gerufenen Rechtsinstituts anzuregen, so wird es sich fragen, ob nicht die Staats-Regierungen, zumal in Preußen, im Interesse des zahlreich betheiligten Publikums die Frage aufzunehmen Anlaß haben. Vorläufig wird letzteres sich vor Illusionen über die rechtliche Sicherheit seines Besitzes hüten müssen. —

---

einem Lande, Bezirk oder einer Gemeinde ausgegebenen Theilschuldverschreibungen finden die Bestimmungen dieses Gesetzes dann Anwendung, wenn eine Hypothek zur Sicherstellung der Obligationen-Besitzer bestellt wird.

Auch hierdurch werden Zweifel gelöst, welche bei Papieren ähnlicher Art nach Preuß. Recht unausbleiblich sind. So sind z. B. die Bestimmungen bezüglich der sog. Krupp'schen Partial-Obligationen, was den Erwerb u. die Verfolgbarkeit des Theil-Hypothekenrechts anlangt, in ihrer Wirksamkeit recht problematisch. Klarer: Die Hypotheken-Antheilscheine der Nordd. Grundcreditbank und die Hypotheken-Antheil-Certificate der Preuß. Hypothekenversicherungs-Actien-Gesellschaft zu Berlin (s. Saling a. a. O. S. 258. 472.).

X.

Die Einrede der Rechtskraft steht im Gebiete des Wechselrechts nur den Parteien des Vorprocesses, nicht auch den übrigen Wechselverpflichteten zu.

Von Herrn Kreisrichter Förster in Preuß.-Stargard.

Daß die Einrede der rechtskräftigen Vorentscheidung im Gebiete des Wechselrechtes nur den Parteien des Vorprocesses, nicht auch den übrigen Wechselverpflichteten zusteht, dürfte zwar ziemlich allgemein anerkannt sein, dennoch wird eine Untersuchung der Frage, warum die exceptio rei judicatae nicht auch den übrigen Wechselbetheiligten, welche an dem Vorprocesse nicht Theil genommen haben, zustehe, nicht überflüssig erscheinen, da die Motivirung des an die Spitze dieser Abhandlung gestellten Satzes eine sehr verschiedene ist. Es soll hier eine ausführliche Begründung versucht werden, und zwar soll die vorliegende Untersuchung sich auf Beantwortung folgender Frage beschränken:

> „Der Inhaber einer Mangels Zahlung protestirte Tratte ist mit der Klage gegen den Acceptanten auf Zahlung der Wechselsumme rechtskräftig abgewiesen und nimmt nunmehr den Regreß an einen seiner Vormänner. Steht dieser Regreßklage und, falls der Vormann sich freiwillig zur Einlösung der Tratte versteht, der Klage dieses Vormannes gegen den Acceptanten die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen?"

Bei rechtskräftiger Abweisung wird hier nur an solche Fälle gedacht, in denen der Kläger des Vorprocesses schlechthin und definitiv abgewiesen worden ist, so daß er auch mit einer neuen Klage gegen den Acceptanten bei Erhebung des Einwandes der rechtskräftig entschiedenen Sache abgewiesen werden müßte. Die (rechtskräftigen) Abweisungen zur Zeit, in der angebrachten Art und wegen Incompetenz des angegangenen Richters interessiren hier nicht, weil bei den

beiden ersteren über das streitige Rechtsverhältniß nicht definitiv entschieden, vielmehr dem (rechtskräftig) abgewiesenen Kläger eine neue verbesserte Klage selbst gegen denselben Verklagten ausdrücklich gestattet wird,[1]) dem wegen Incompetenz des angegangenen Richters abweisenden Erkenntnisse aber die Kraft eines Judicats im eigentlichen Sinne, welches jus facit inter partes, nicht beizulegen ist, da ein solches Erkenntniß über das streitige Rechtsverhältniß eine Entscheidung gar nicht abgiebt.[2]) In der oben aufgeworfenen Frage sind zwei wesentlich verschiedene Fälle vorgesehen, welche nunmehr nach einander entschieden werden sollen.

I.

Der Inhaber einer Mangels Zahlung protestirten Tratte, welcher mit der Klage gegen den Acceptanten auf Zahlung der Wechselsumme rechtskräftig abgewiesen worden ist, nimmt seinen Regreß gegen einen seiner Vormänner. Steht dieser Regreßklage die exceptio rei judicatae entgegen?

Die Einrede der rechtskräftigen Vorentscheidung kann nur vorgebracht werden, wenn völlige Identität des rechtskräftig entschiedenen und des neu erhobenen Rechtsstreites vorliegt. Die Identität muß eine doppelte sein, nämlich eine objective des Gegenstandes und eine subjective der Parteien.[3]) Objective Identität liegt vor, wenn die neue Klage wesentlich dasselbe Object betrifft,[4]) wenn dieselbe Rechtsfrage zur Entscheidung vorliegt [5]) und wenn der Entsteh-

---

[1]) cfr. Seuffert's Archiv, Bd. 15, S. 426; Foerster in Gruchot's Beiträgen Bd. 2, S. 349; Plank, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten S. 266 ff., Jur. Wochenschrift, Jahrgang 1846 S. 446, 460; Entscheidungen Bd. 38 S. 373, Striethorst Archiv Bd. 29, S. 45, 70 u. 162, Bd. 38, S. 188 u. 212 u. Dr. Carl Georg Waechter's Erörterungen, Heft III. S. 43 u. 54.

[2]) s. Entscheidungen, Bd. 27, S. 66.

[3]) s. v. Savigny, System, Bd. 6, S. 413; Koch, Privatrecht, Bd. 1, §. 200; Foerster, Klage und Einrede, §. 56.

[4]) s. lex 14. Dig. De exceptione rei judicatae 44, 2; Foerster loc. cit. S. 200; Koch in der juristischen Wochenschrift pro 1837, S. 1 ff. u. 21 ff.; Koch, Privatrecht, Bd. 1; §. 200 und besonders v. Savigny loc. cit. Bd. VI. S. 417 ff. und Unger, System des österr. Privatrechts, Bd. 2, S. 655.

[5]) s. lex 11 u. 16, Dig. loc. cit.; Foerster, Preuß. Privatrecht, Bd. I., S. 277 (1. Auflage); Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechts, Bd. I., §§. 130 ff. und Striethorst, Archiv, Bd. 15, S. 255 u. Bd. 18, S. 44.

ungsgrund des Klageanspruches der nämliche ist.[6]) Subjective Identität liegt vor, wenn dieselben Parteien in dem neuen Rechtsstreite auftreten. Diese Regel erleidet jedoch mehrere Ausnahmen. Es muß sich nämlich die exceptio rei judicatae entgegenstellen lassen:

1. Der Dritte, der das Erkenntniß als auch für ihn geltend anerkannt hat,[7])
2. der Dritte, der sein Recht von Demjenigen, gegen welchen das Erkenntniß ergangen ist, nach ergangenem Erkenntnisse herleitet,[8])
3. der Dritte, gegen dessen Repräsentanten das Judicat gerichtet war,[9])
4. der correus.[10])

Sodann giebt es noch einige ganz positive Durchbrechungen jener Regel auf dem Gebiete der Statusrechte und des Erbrechts, welche hier nicht weiter interessiren.[11]) Damit ist aber auch der Katalog der Erweiterungen und Ausnahmen erschöpft.

---

[6]) s. Windscheid, loc. cit. S. 347. Das Wesen der Obligation hängt mit ihrem Entstehungsgrunde so innig zusammen, daß jeder andere Entstehungsgrund eine andere Obligation erzeugt, cfr. lex 11, §. 1. lex 14 §. 2 u. lex 22, Dig. loc. cit.; lex 18, Dig. De oblig. et actionibus 44, 7, lex 39 §. 1, Dig. De leg. (III) 32, Entscheidungen Bd. 41, S. 399, Savigny loc cit. Bd. 6, S. 514; Foerster, Preuß. Privatrecht, Bd. I., S. 277 u. Gruchot, Beiträge, Bd. 6, S. 333 ff.; Unger sagt darüber a. a. O.: „Es können in Beziehung auf dasselbe Object so viele Obligationen entstehen und bestehen, als Entstehungsgründe möglich sind; die Verschiedenheit des Entstehungsgrundes macht trotz der Identität des Objects die Forderung zu einer andern; die Verschiedenheit des obligatorischen Factums oder Umstandes erzeugt eine Verschiedenheit der obligatorischen Ansprüche. Es steht deshalb der späteren aus einem anderen Entstehungsgrunde abgeleiteten, auf denselben Gegenstand gerichteten persönlichen Klage die exceptio rei judicatae nicht entgegen. Cfr. auch Ihering, Geist des röm. Rechts, Theil III., Abth. 1, Leipzig 1865) S. 39 u. 45.

[7]) s. Keller, Ueber Litiscontestation u. Urtheil (1827) VI., S. 368 ff., v. Savigny loc. cit. Bd. VI. S. 979 ff, Seuffert, Archiv, Bd. VIII., S. 170 und Grävelt, Pract. Kommentar zur A. G.-O. Bd. III. S. 392.

[8]) Dieses gilt sowohl für die Universalsuccession, als auch für die Singularsuccession, s. v. Savigny loc. cit. Bd. VI., S. 469; Windscheid, loc. cit. Bd. I., S. 359 u. Seuffert, Archiv, Bd. VI., S. 67 u. Bd. VIII., S. 303 u. 304.

[9]) s. lex 11 §§. 7 u. 8 Dig. De exc. rei jud. 44, 2.

[10]) s. Keller, a. a. O., S. 411 ff., Ribbentrop, zur Lehre von den Correalobligationen (1831), S. 261 ff. u. Windscheid loc. cit. Bd. I., S. 359.

[11]) Vergl. darüber Windscheid a. a. O. Bd. I., S. 360, Note 7 u. Foerster, Preuß. Privatrecht, Bd. I., S. 270 u. 271.

Es ist nunmehr zunächst zu prüfen:

A. ob objective Identität der rechtskräftig abgewiesenen Klage (gegen den Acceptanten) mit der Regreßklage gegen den Vormann vorliegt.[12])

1. Liegt Identität des Streitgegenstandes vor? Diese Frage wird bejahend zu beantworten sein; denn der klagende Inhaber verlangt im Regreßprocesse von seinem Vormanne ganz dasselbe Object, dieselbe Wechselsumme (nebst Zinsen und Kosten), mit welcher er gegen den Acceptanten rechtskräftig abgewiesen worden ist. Die Erhöhung des neuen Streitgegenstandes um Zinsen, Kosten, Provision und Protestkosten machen denselben nicht zum aliud corpus, nicht zu einem wesentlich anderen Objecte.[13])

---

[12]) Da der Prokura-Indossatar einen Regreß gegen seinen Vormann nicht hat (s. Artikel 17 der A. D. W.-O. und Liebe, die A. D. W.-O. mit Einleitung und Erläuterungen — Leipzig 1848 — §. 17 S. 78), kann der Regreßnehmer als ein solcher Indossatar nicht gedacht werden.

[13]) s. Stern, die Lehre von den Wechseln (Giessen 1853) S. 134. — Die Kosten des Protestes Mangels Zahlung können im vorliegenden Falle vom Acceptanten ebenso gefordert werden, wie vom Indossanten; denn wenn auch nach Artikel 44 der D. W.-O. zur Erhaltung des Wechselrechts gegen den Acceptanten Protesterhebung nicht erforderlich ist, so kann der Inhaber des Wechsels diese Solennität doch nicht unterlassen, weil er sonst den Regreß gegen seine Vormänner verlieren würde cfr. Brauer, die A. D. W.-O. (Erlangen 1847) S. 157, Hartmann, das Deutsche Wechselrecht (Berlin 1869) S. 333 u. 334, Hoffmann, ausführl. Erläut. der A. D. W.-O. (Giessen 1859) S. 579, Strietkorst. Archiv, Bd. 22 S. 314 und Protok. vom 7. November 1847 S. 93. In nur scheinbarem Widerspruche hiermit steht der von Borchardt (A. D. W.-O. 5. Aufl.) im Zusatz 470a. S. 294 aufgestellte Grundsatz, daß der ohne Weiteres gegen den Acceptanten klagende Wechselinhaber keinen Anspruch auf Erstattung der Protestkosten habe. Allein die dort angezogenen Erkenntnisse sprechen vom Wechsel an eigene Ordre und weisen den Anspruch auf Protestkosten nur deshalb zurück, weil sich keine regreßpflichtigen Personen auf den Wechseln befunden hätten (cfr. Siebenhaar, Archiv, Bd. VI. S. 315 Nr. 28, Loehr, Central-Organ, Neue Folge Bd. II. S. 424 ff.) Vorliegend ist übrigens auch der Fall des Art. 43 der A. D. W.-O., in welchem es der Protesterhebung auch zur Erhaltung der Rechte gegen den Acceptanten bedarf, nicht ausgeschlossen. Ganz unbedenklich liegt Identität des Streitobjekts im Falle des Art. 45 der A. D. W.-O. vor. In dem Erkenntnisse vom 15. April 1851 führt das Kgl. Obertribunal aus: Jede Wechselerklärung sei unabhängig von den außer ihr auf demselben Wechsel noch vorhandenen Wechselerklärungen. Jede einzelne der letzteren schließe eine wechselmäßige Verbindlichkeit für die ganze Wechselforderung an Kapital, Zinsen, Kosten, Auslagen ꝛc. in sich. Die bei der Ausübung des Wechselregresses

2. Liegt Identität der Rechtsfrage vor? Auch diese Frage ist zu bejahen. Auf den rein äußerlichen Umstand, daß die neue Klage den Namen Regreßklage führt, während die Klage des Vorprocesses den Namen Wechselklage führte, kommt es nicht an, ebensowenig auf die Identität des Klageantrages.[14]) Es kommt vielmehr nur auf die innere Natur der Klage an. Die Rechtsfrage bestimmt sich nach dem Begriffe des Rechts, welcher am Gegenstande beansprucht wird, und dieser ist bei der neuen Klage gegen den Vormann derselbe wie bei der rechtskräftig abgeurtheilten Klage gegen den Acceptanten. Letztere Annahme erscheint unbedenklich, wenn man erwägt, daß der Protest Mangels Zahlung sofort den Unterschied zwischen principaliter und eventualiter verhafteten Wechselschuldnern aufhebt. Nach der Protesterhebung haftet jeder Wechselverpflichtete principaliter.[15]) Von der Protesterhebung an ist die Verpflichtung aller Wechselschuldner aus dem Wechsel dem Wechselgläubiger gegenüber völlig gleichartig und das Recht des Wechselinhabers auf die Wechselsumme (nebst Kosten ꝛc.) ist gegen jeden Wechselverpflichteten dasselbe.[16])

von Seiten des letzten Wechselinhabers gegen die Wechselgaranten ꝛc. entstehende Vermehrung der Beträge an Kosten, Auslagen, Provision ꝛc., die zuletzt wieder dem Acceptanten zur Last zu stellen seien, ändern an sich das Streitobject nicht; cfr. Siebenhaar, Archiv, Bd. IV. S. 323 ff., cfr. auch Thoel, Handelsrecht (2. Aufl.) §. 229 S. 308 ff.

[14]) cfr. Striethorst, Archiv, Bd. 15 S. 255, Bd. 18 S. 44 u. Windscheid a. a. O. Bd. I. §§. 130 ff. Vergl. auch l. 15, 19, 7 §. 4 Dig. De. exc. rei jud. 44, 2.

[15]) s. Volkmar und Loewy, Die D. W.-O. — Berlin 1862 — §. 121 S. 185 u. Gelpke ibid. cit.

[16]) Obgleich im Allgemeinen ein Unterschied zwischen der Klage gegen Hauptverpflichteten und der Klage gegen die aus der Gewährleistung Mitverpflichteten anerkannt werden muß, setzt die Regreßklage doch nicht den Nachweis eines Schadens oder Verlustes, nicht ein Zurückgehen auf das Begebensgeschäft, nicht die Begründung einer Gewährleistung voraus, sondern sie wird nur begründet durch die Thatsache der Nichtzahlung und durch den wechselmäßigen Scripturact der Wechselverpflichteten, also in derselben Art wie die Hauptklage. Daher ist nach §. 6 des preußischen Einführungsgesetzes vom 15. Februar 1850 auch eine unbeschränkte Kumulation der Klagen zuläſſig, bei welcher nur zu prüfen ist, ob mehrere giltige Wechselerklärungen vorliegen, und es ist nicht noch zu unterscheiden, ob die letzteren in dem ursprünglichen Wechsel, in einem Indossamente, einem Accepte oder in einer anderen Art einer Wechselverpflichtung bestehen. Die Solidarität allein, in welche die principale und eventuelle Haftung der mehreren Verpflichteten für die Zahlung in Ansehung des Klagerechts des Gläu-

3. Liegt Identität des Erwerbs- und Entstehungsgrundes vor? Diese Frage muß verneint werden. Behufs Entscheidung derselben ist zu prüfen, welcher Art die Stellung der Wechselverpflichteten zur Wechselobligation ist und ob die Verpflichtungen sämmtlich auf demselben Entstehungsgrunde beruhen.

Jedem Erwerbsgrunde auf Seiten des Berechtigten steht ein Entstehungs- oder Verpflichtungsgrund auf Seiten der Verpflichteten gegenüber. Der Erwerbsgrund ist im vorliegenden Falle allen Wechselverpflichteten gegenüber identisch. Durch den Besitz des Wechsels und mit demselben hat der Inhaber sowohl die Forderung gegen den Acceptanten, als auch gegen die übrigen Wechselverpflichteten erworben.[17]) Anders steht es mit dem Entstehungsgrunde der Verpflichtung. Die Entstehungsgeschichte der Wechselverpflichtungen ist folgende: Der Trassant schafft durch die Ausstellung des Wechsels ein Creditpapier, für dessen Realisirung durch den Bezogenen er die Garantie übernimmt. Der Bezogene (Trassat) verpflichtet sich durch das Accept wechselmäßig, an den legitimirten Inhaber des Wechsels die acceptirte Summe zur Verfallzeit zu zahlen. Der indossirende Remittent und jeder weiter begebende Indossant treten der Garantie des Trassanten in selbständiger Verhaftung bei, so daß der Wechselinhaber sich an jeden von ihnen nach seiner Wahl wegen seiner ganzen Forderung halten kann.[18]) Demnach ist der Acceptant der Hauptverpflichtete; die übrigen Wechselverpflichteten haften nur secundär und eventuell,[19]) d. h. ihre Verpflichtung ist bedingt durch Nichterlangung der Zahlung Seitens des Bezogenen und durch die gesetzlichen Voraussetzungen des Regresses. Es liegt also eine Obligation vor, bei welcher Mehrere dasselbe Object (idem corpus) schulden, und zwar so, daß Jeder für das Ganze haftet.[20]) Dergleichen Obligationen in solidum zerfallen, wie

---

bigers zusammenfällt, muß genügen. S. Entscheidungen, Bd. 20 S. 574 und Siebenhaar, Archiv, Bd. 4 S. 323 ff.

[17]) Vorausgesetzt wird dabei, daß das Accept bereits gegeben war, als der klagende Inhaber den Wechsel durch Indossament erwarb. Ist das Accept erst später ertheilt worden, dann ist freilich der Grund des Erwerbes des Wechselanspruches ein anderer dem Indossanten und ein anderer dem Acceptanten gegenüber. S. Striethorst, Archiv, Bd. 70 S. 16 ff.

[18]) S. Art. 8, 14, 23 u. 81 der A. D. W.=O.

[19]) S. Hartmann a. a. O. S. 152 u. 153 u. Kuntze a. a. O. S. 55 Nr. III, S. 82 u. 90.

[20]) Es ist schon oben angeführt, daß dem Correus die exceptio rei judicatae

Keller [21]) und Ribbentrop [22]) nachgewiesen haben, in zwei verschiedene Kategorien, nämlich in die Korrealobligationen und in die Solidarobligationen i. e. S. Von beiden kommt hier nur die passive Seite in Betracht. Bei der Korrealobligation liegt eine ungetheilte Obligation vor, zu der Mehrere gleichzeitig in einer solchen subjectiven Beziehung stehen, daß sie an der ganzen Obligation als Schuldner betheiligt sind, und zwar mit der Rechtswirkung, daß die Obligation für Alle erfüllt ist, sobald Einer den Gegenstand der Obligation geleistet hat.[23]) Bei der Solidar-Obligation hat der Gläubiger gegen die mehreren Schuldner zwar auch eine Forderung gegen Jeden auf das Ganze (und durch einmalige Erfüllung tritt Befreiung Aller ein), aber die Schuld jedes Einzelnen beruht auf einer besonderen, selbständigen Obligation.[24]) Es fragt sich, unter welche dieser Kategorien die Verpflichtungen der verschiedenen Wechselschuldner fallen. Nach Artikel 14, 23, 49 und 81 der A. D. W.-O. haften alle aus der Wechselurkunde ersichtlichen Wechselverpflichteten dem Wechselinhaber für die Erfüllung der Wechsel-Obligation sammt und sonders, Einer für Alle und Alle für Einen. Der Grund der Entstehung der Verbindlichkeit ist aber für jeden der mehreren Wechselverpflichteten ein anderer.[25]) Daher

---

entgegensteht. Dieses gilt aber nur für die Correalobligation i. e. S. und findet seine Erklärung darin, daß sowohl für die mehreren Schuldner als auch für die mehreren Gläubiger nur eine Obligation vorliegt. S. Foerster, Pr. Privatrecht, Bd. I. S. 321 ff. Nach preußischem Rechte kann freilich der Gläubiger, welcher gegen einen correus debendi rechtskräftig abgewiesen ist, dieselbe Klage gegen die andern Korrealschuldner richten, ohne daß diesen die exceptio rei judicatae zustände. S. §§. 437 ff. Tit. 5, Thl. I. A. L.-R. u. Foerster, Klage und Einrede, S. 205.

[21]) Litiscontestation u. Urtheil §§. 49 ff.

[22]) Zur Lehre von den Korrealobligationen (1831).

[23]) Es liegt also una res und una obligatio vor.

[24]) Die Gemeinsamkeit der Verpflichtung wird durch verschiedene, selbständige Obligationsfälle begründet. Es liegt also auch una res, aber plures obligationes vor. S. v. Savigny, Obligationenrecht, Bd. I, §§. 16—27, Puchta, Pandekten (9. Aufl.) S. 361, Arndt's Pandekten (4. Aufl.) S. 337 ff. u. Waechter, Erörterungen, Heft III. S. 56, Note 51.

[25]) Jede einzelne Wechselerklärung erzeugt eine solidarische und selbständige, von der Verbindlichkeit der noch außerdem im Wechselverbande stehenden Wechselschuldner unabhängige Verpflichtung. Die auf der Garantie und Regreßpflicht beruhende Obligation des einlösenden Indossanten ist ihrer Natur und rechtlichen Grundlage nach eine ebenso besondere und selbständige, wie die auf dem Accepte beruhende des Acceptanten. Die verschiedenen Wechselverpflichtungen werden durch selbständige, von den übrigen Rechtsbeziehungen der Wechselschuldner unabhän-

stehen die mehreren Wechselverpflichteten nicht im Verhältnisse der Korrealität, sondern im Verhältnisse der Solidarität.[26])

Da es an der Identität des Entstehungsgrundes mangelt, kann im besprochenen Falle die exceptio rei judicatae der Regreßklage mit Aussicht auf Erfolg nicht entgegengesetzt werden.[27]) Der Vollständigkeit halber soll noch:

B. untersucht werden, ob subjective Identität vorliegt.

Die Rolle des Klägers ist im neuen Prozesse in denselben Händen geblieben, dagegen tritt im neuen Prozesse ein anderer Verklagter auf. Wäre die Regel, daß zur Anwendbarkeit der exceptio rei judicatae Personenidentität erforderlich sei, streng durchgeführt, dann bedürfte es keiner weiteren Untersuchung, ob dieses Requisit vorhanden sei. Da jene Regel aber mehrfache Ausnahmen erleidet, so ist noch zu prüfen, ob das Verhältniß des in Anspruch genommenen Vormannes zu dem Acceptanten unter die oben aufgezählten Ausnahmen fällt. Zunächst scheidet für diese Betrachtung der nicht weiter interessirende Fall, in welchem der Vormann (Indossant) das gegen den Acceptanten ergangene Urtheil als auch gegen sich geltend anerkannt, aus. Sodann bedarf es keiner weiteren Ausführung, daß der Acceptant nicht Repräsentant des Indossanten ist und daß die Ausnahmen aus dem Gebiete des Status- und Erbrechts für den vorliegenden Fall irrelevant sind.[28]) Es bleibt demnach nur zu untersuchen, ob der in An-

---

gige Obligationsfälle begründet. Jeder einzelne auf dem Wechsel urkundlich gemachte Cirkulationsfall bildet den Entstehungsgrund für eine neue Obligation. Daher giebt es beim Wechsel so viele selbständige Obligationen, als Personen auf dem Wechsel verzeichnet stehen. S. Hartmann a. a. O. S. 116 u. 117, Kuntze a. a. O. S. 317 ff., Siebenhaar, Archiv, Bd. 11 S. 297 und Bd. 13 S. 177, Striethorst, Archiv, Bd. 28 S. 361, Bd. 37 S. 267, Entscheidungen Bd. 43 S. 249, Bd. 48 S. 8. Vergl. besonders Striethorst, Archiv, Bd. VII. S. 273 ff.

[26]) Liebe a. a. O. S. 161 nimmt freilich das Gegentheil an; aber wohl mit Unrecht. Das Indossament und das Accept sind vollständig selbständige Wechselverträge. S. Preußische Anwalts-Zeitung von Hinschius pro 1863 S. 348 und Siebenhaar, Archiv, Bd. 9 S. 214.

[27]) Daß der Mangel der Identität des Entstehungsgrundes schon für sich allein die Anwendbarkeit der exceptio rei judicatae ausschließe, ist noch besonders bestätigt bei Ribbentrop a. a. O. S. 264 ff. und bei Waechter, Erörterungen, Heft III, S. 56.

[28]) Daß die Analogie der Statusklagen mit Unrecht herangezogen wird, soll weiter unten ausgeführt werden.

spruch genommene Vormann zu dem Acceptanten in dem Verhält[niss]e eines Successors oder eines accessorisch Verpflichteten oder ei[nes] correus [29]) steht.

Der Indossant steht zu dem Acceptanten weder in einem Succ[es]sionsverhältnisse, noch auch in dem Verhältnisse eines accessorisch Ve[r]pflichteten.[30]) Von einer Succession kann deshalb nicht die Rede sei[n], weil — wie schon ausgeführt ist — jeder Wechselverpflichtete in ein[er] besonderen und selbständigen Obligation steht. Daß aber die Ve[r]pflichtung des Indossanten keine accessorische (im civilrechtlichen Sinn[e]) ist, folgt daraus, daß seine Verpflichtung aus einem materiell selb[st]ständigen, sich an den Grundwechsel nur formell anlehnenden, von de[n] übrigen Wechselobligationen ganz unabhängigen und auf ein abstract[es] Summenversprechen gerichteten Wechselvertrage entsteht. Deshalb sch[ul]det er nicht accessorisch, sondern als Selbstschuldner.[31]) Endlich steh[en] die verschiedenen Wechselverpflichteten auch nicht im Verhältnisse de[r] Korrealität, sondern, da jeder von ihnen aus einem besonderen, selb[st]ständigen Rechtsgrunde haftet, nur im Verhältnisse der Solidarit[ät], welche kein persönliches Band um die Mitverpflichteten schlingt.[32]) Ei[...]

---

[29]) Daß Korrealität i. e. S. nicht vorliegt, ist zwar schon auszufüh[ren] versucht, es muß aber die divergirende Ansicht von Liebe hier noch näher beleuch[]tet werden.

[30]) Die Einrede der Rechtskraft ist eine exceptio rei cohaerens. lex 7 princ. und §. 1 Dig. De exceptionib. 44, 1; Puchta, Lehrbuch der Pandekten §. 94 S. 146; v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts (4. Aufl.) Bd. I, S. 118, Arndts a. a. O. S. 143, Windscheid a. a. O. Bd. I., S. 110 und v. Savigny, System, Bd. V. S. 177. Als solche steht sie den Successoren und accessorisch Verpflichteten zu.

[31]) S. Hartmann a. a. O. S. 285. Man bezeichnet das Accept, Giro und Aval zwar als accessorische Wechselacte im Vergleiche zu der durch die Ausstellung geschaffenen Scripturobligation, allein man bezeichnet sie nur deshalb so, weil sie in formeller Abhängigkeit von dem Grundwechsel stehen, d. h. nur unter der Voraussetzung formaler Vollständigkeit des Wechselbriefes gelten. Dagegen sind diese Wechselacte substantiell völlig unabhängig. S. Kuntze a. a. O. S. 55.

[32]) Die wechselrechtliche Solidarität weicht zwar in wesentlichen Punkten von der civilrechtlichen ab, indem 1. das Wechselrecht nur die passive Solidarität kennt und 2. die Wechselobligation nur für den Fall getilgt wird, daß der Acceptant als Hauptschuldner oder der Aussteller als Letzter in der Reihe der Garanten in wechselmäßiger Form Zahlung geleistet hat, während die Bezahlung der Wechselsumme durch einen Indossanten im Wege des Regreßanspruches nur eine Einlösung des Wechsels ist, durch welche die Wechselforderung auf den einlösenden Indossanten zur weiteren Regreßnahme gegen seinen Vormann über-

muß daher behauptet werden, daß es in dem hier besprochenen Falle auch an dem Requisite der subjectiven Identität mangelt.[33])

Liebe [34]) geht von der Ansicht aus, daß die verschiedenen Wechselverpflichteten in einem Korrealverhältnisse stehen, kommt aber dennoch zu dem Resultate, daß die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache im vorliegenden Falle unzuläſſig sei. Nach ihm wären die Grundsätze der Korrealität durch den Artikel 82 der A. D. W.-O., welcher dahin lautet:

„Der Wechselschuldner kann sich nur solcher Einreden bedienen, welche aus dem Wechselrechte selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Kläger zustehen"

dahin modificirt, daß nicht nur jede exceptio personae cohaerens unzuläſſig sei, wenn ihr Fundament nicht in einem zwischen den Parteien stattfindenden Verhältnisse liege, sondern daß auch eine exceptio rei cohaerens nicht anders berücksichtigt werde, als wenn sie entweder im Wechselrechte oder auf einem zwischen dem Kläger und dem Verklagten selbst stattfindenden Verhältnisse beruhe. Die exceptio rei judicatae aus einem zu Gunsten eines anderen Wechselschuldners ergangenen Erkenntnisse sei daher schlechthin unzuläſſig, denn das Erkenntniß sei nicht unmittelbar zwischen den Parteien ergangen. — Es kann hier füglich von Besprechung der vielen Zweifel, welche die Fassung des Artikel 82 cit. hervorgerufen hat, abgesehen werden, denn da die A. D. W.-O. nicht das Proceßrecht, sondern ausschließlich materielles Recht zum Gegenstande hat,[35]) die exceptio rei judicatae aber ebenso wie die Einreden der Rechtshängigkeit und Inkompetenz eine rein processualische Einrede ist, so wird dieselbe durch den Artikel 82 cit. gar nicht berührt,[36]) so daß man, wenn man mit Liebe

---

geht. Es fehlt aber bei der wechselrechtlichen Solidarobligation ebenso wie bei der civilrechtlichen an der Einheit der Obligation und eben deshalb bewirkt auch die wechselrechtliche Solidarobligation kein persönliches Band der Verpflichteten. S. Hartmann a. a. O. S. 117 und Foerster Klage und Einrede S. 204 u. 205.

[33]) Dieses hat auch das Kgl. Obertribunal im Erkenntnisse vom 26. Februar 1856 angenommen. S. Entscheidungen, Bd. 32 S. 435 und Striethorst, Archiv, Bd. 19 S. 364.

[34]) A. a. O. S. 161—164.

[35]) S. das in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Bd. II, S. 131 Nr. 43 mitgetheilte Erkenntniß des Kassationshofes zu Wolfenbüttel vom 12. Januar 1858.

[36]) S. Hartmann a. a. O. S. 518 und Entscheidungen Bd. 32 S. 435.

von der (unrichtigen) Voraussetzung der Korrealität der Wechselverpflichteten ausgehen wollte, zum Resultate der Zulässigkeit der exceptio rei judicatae kommen müßte.

Volkmar und Loewy[37]) treten Liebe im Wesentlichen bei, behaupten aber außerdem, daß, insofern das abweisende Erkenntniß auf eine in cambium gerichtete Einrede gegründet worden, durch dieses Erkenntniß den sämmtlichen Wechselverpflichteten die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache erworben sei. Stehe dem Wechsel gegenüber fest, daß er die Qualität eines Wechsels nicht habe, sei somit der eigentliche Gläubiger(!) beseitigt, ja exstirpirt, so müsse ein solches Erkenntniß wie ein Erkenntniß über eine Statusfrage Allen gegenüber in rem wirken. Für diese Ansicht werden die Erkenntnisse des Kgl. Obertribunals vom 22. Mai 1855, 23. April 1847 und 31. Mai 1860 herangezogen,[38]) welche aber von Fällen handeln, in welchen der Verklagte des neuen Processes zu dem Verklagten des Vorprocesses unzweifelhaft in einem Successionsverhältnisse steht,[39]) und zwar

[37]) A. a. O. S. 309.

[38]) S. Striethorst, Archiv, Bd. 17 S. 204, Entscheidungen Bd. 31 S. 70 und Bd. 43 (nicht 37) S. 248 und Rechtsfälle Bd. I S. 76. Auch Wolff in Siebenhaar's Archiv, Bd. 15 S. 163 schließt sich der Ansicht von Volkmar und Loewy an.

[39]) Das Erkenntniß vom 23. April 1847 entscheidet einen Fall nach landrechtlichem Wechselrechte. Die Entscheidung hätte aber auch nach der A. D. W.-O. ebenso ausfallen müssen. Es war nämlich der Inhaber einer Tratte im Vorprocesse gegen einen Vormann wegen verspäteter Protestaufnahme gegen den Acceptanten rechtskräftig abgewiesen worden. Der Kläger des neuen Processes, welcher gegen denselben Vormann klagte, hatte den Wechsel nach rechtskräftiger Entscheidung von dem Kläger des Vorprocesses erworben. Das Kgl. Obertribunal wies die neue Klage ab, weil Kläger gegen sich gelten lassen müsse, was gegen seinen Autor rechtskräftig festgestellt worden sei. Es lag also ein Successionsverhältniß vor. Das Erkenntniß vom 22. Mai 1855 aber (Striethorst, Archiv, Bd. 17 S. 204 und Entscheidungen Bd. 31 S. 70) spricht nur den Grundsatz aus, daß im Falle mehrfacher Begebung des Wechsels nach erhobenem Proteste gegen den letzten Indossatar der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache durchgreife, gleichviel ob dieser Einwand dem Schuldner gegen den unmittelbaren oder gegen den ersten Indossatar erwachsen sei. Diese Entscheidung stützt sich auf Artikel 16 (Alin. 2) der A. D. W.-O., in welchem ausdrücklich bestimmt ist, daß der Indossatar nach erhobenem Proteste nur die Rechte des Indossanten erwerbe, d. h. dessen Successor sei. Das Erkenntniß vom 31. Mai 1860 (Entscheidungen Bd. 30 S. 248) bespricht einen völlig anderen Fall und ist wohl nur irrthümlich angezogen.

in dem einen Falle nach allgemeinen Rechtsregeln, in dem anderen nach ausdrücklicher Vorschrift der A. D. W.-O. Auf die Rechtsprechung des Kgl. Obertribunals berufen Volkmar und Loewy sich demnach ganz zu Unrecht. — Indem dieselben für ihre Ansicht die Analogie der Statusklagen heranziehen, machen sie sich der Wiedererweckung des längst zu Grabe getragenen Monstrums der Persönlichkeit des Wechselpapiers schuldig. Die Mitschuldnerschaft des Obertribunals ist entschieden in Abrede zu stellen. Die Statusklagen entspringen einem absoluten Rechte. Sie sind ihrer Natur nach nicht auf einen bestimmten Verklagten oder auf einen bestimmten Kreis von Verklagten beschränkt, sie können vielmehr vom Berechtigten zum Schutze seines Rechtes gegen Jeden, der dasselbe nicht anerkennt oder stört, angestellt werden. Das Erkenntniß über die Statusklagen enthält keine condemnatio, sondern eine pronuntiatio.[40]) Ob und wie weit ein Erkenntniß über Statusfragen gegen jeden Dritten wirkt, ist überdies eine sehr controverse Frage.[41]) Keinesfalls aber paßt die Analogie der Statusklagen auf die Wechselklagen. Das Recht, als eheliches Kind &c. anerkannt zu werden, ist ein absolutes, gegen Jeden verfolgbares; die Gültigkeit oder Richtigkeit eines Wechsels aber interessirt nur die Wechselbetheiligten.[42])

Die Ansicht von Volkmar und Loewy, daß die Wirkung eines rechtskräftigen (abweisenden) Urtheils im Gebiete des Wechselrechts je nach der Natur der Einreden, auf Grund deren die Abweisung erfolgt ist, eine verschiedene sei, wird noch näher ausgeführt von Dr. Wolff.[43]) Nach ihm soll ein auf Grund solcher Einreden, welche sich aus dem Wechsel selbst ergeben, ergangenes Urtheil gegen Alle gelten. Betrifft die Entscheidung aber solche Einreden, welche dem Wechselrechte entnommen sind, so soll es darauf ankommen, ob die Entscheidung solche

---

[40]) S. Pfizer in der Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung und für einheitliches deutsches Recht, Bd. VII. S. 464.

[41]) S. Pfizer a. a. O. S. 465.

[42]) Die Durchbrechungen der Regel, daß die exceptio rei judicatae nur unter denselben Parteien stattfindet, beruhen theils auf natürlichen Erweiterungen der Personenidentität (Succession, Repräsentation &c.), theils sind sie rein positiv, s. v. Savigny a. a. O. §. 301. Ein Fall natürlicher Erweiterung liegt nicht vor und eben so wenig existirt eine positive Gesetzesvorschrift, welche für den vorliegenden Fall eine Ausnahme von jener Regel gestattet.

[43]) S. Siebenhaar, Archiv, Bd. 15 S. 163.

Punkte umfaßt, welche für alle Wechselberechtigten oder wenigstens für den Kläger des neuen Processes in gleicher Weise in Betracht kommen, z. B. mangelnde Legitimation wegen Unterbrechung der Reihe der Indossamente. Diesen Ausführungen scheint ein Verkennen der Natur der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache zu Grunde zu liegen. Dieselbe ist rein processualischer Natur und ihre Kraft und Wirksamkeit ist völlig unabhängig von der Natur der Einreden, welche im Vorprocesse zur Abweisung der Klage geführt haben. Das Vorerkenntniß und die Vorproceßacten können nur als Beweismittel von dem Verklagten des neuen Processes angezogen werden, falls das abweisende Vorerkenntniß auf Grund einer Einrede erfolgte, welche auch dem Verklagten des neuen Processes zusteht.[44]) Es muß demnach behauptet werden, daß dem Inhaber einer Mangels Zahlung protestirten Tratte, welcher mit der Klage gegen den Acceptanten auf Zahlung der Wechselsumme rechtskräftig abgewiesen ist und jetzt seinen Regreß gegen einen seiner Vormänner nimmt, die exceptio rei judicatae nicht entgegensteht, weil weder objective noch subjective Identität der Rechtsstreite vorliegt.

II.

Es ist jetzt noch der zweite Rechtsfall zu besprechen.

Der Inhaber einer Mangels Zahlung protestirten Tratte ist mit der Klage gegen den Acceptanten auf Zahlung der Wechselsumme rechtskräftig abgewiesen worden. Sein Vormann versteht sich freiwillig zur Einlösung der Tratte und klagt nun seinerseits gegen den Acceptanten. Steht dieser Klage die exceptio rei judicatae entgegen?

---

[44]) Ist der im Vorprocesse für ungiltig erklärte Wechsel wirklich ungiltig, dann erreicht der Verklagte des neuen Processes sein Ziel gewiß ebenso schnell und sicher durch Hinweis auf die Nichtigkeit wie durch Vorschützen der exceptio rei judicatae. – Für die hier vertretene Ansicht dürfte auch lex 22. Dig. De except. rei jud. 44,2 angezogen werden, welche dahin lautet: Si cum uno herede depositi actum sit, tamen et cum ceteris heredibus recte agitur, nec exceptio rei judicatae eis proderit; nam etsi eadem quaestio in omnibus judiciis vertitur, tamen personarum mutatio, cum quibus singulis suo nomine agitur, aliam atque aliam rem facit. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Abweisung auf Grund einer Einrede erfolgte, welche allen Miterben zusteht. Es fehlt eben an der Personenidentität und deshalb auch an der Identität des Rechtsstreites und es ist ganz irrelevant, daß die verschiedenen Erkenntnisse gegen die mehreren Erben bis auf die Namen der Parteien ganz gleichlautend sind.

Dieser Fall unterscheidet sich von dem vorhin besprochenen darin, daß hier die Rolle des Klägers in andere Hände übergegangen ist, während dort die Verklagten verschiedene Personen waren. Während im ersten Falle in Frage war, ob jeder Wechselverpflichtete dem Wechselberechtigten die Einrede der gegen einen Mitverpflichteten ergangenen rechtskräftigen Entscheidung entgegenstellen könne, stellt sich im vorliegenden Falle die Frage dahin, ob der einmal in Anspruch genommene Verpflichtete die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache jedem der (successiv) Wechselberechtigten entgegenhalten könne.

Es wird sich aus nachfolgenden Betrachtungen ergeben, daß auch in dem hier zu besprechenden Falle die exceptio rei judicatae zur Abweisung der neuen Klage gegen den Acceptanten nicht führt.

A. Was die objective Identität anlangt, so liegt zunächst:

1. idem corpus unbedenklich vor. Es kann dieserhalb auf das zu I. A. 1. Ausgeführte verwiesen werden.[45])

2. Ebenso unbedenklich ist die Frage, ob Identität der Rechtsfrage vorliege, zu bejahen. Der Kläger des neuen Processes stellt gegen den Acceptanten ganz dieselbe Klage an, mit welcher der Kläger des Vorprocesses gegen denselben Acceptanten abgewiesen worden ist.

3. Bei der Frage nach der Identität des origo petitionis müssen wieder die Fragen nach der Identität des Erwerbsgrundes und nach der Identität des Entstehungsgrundes der Verpflichtung auseinandergehalten werden. Die Verpflichtung des Acceptanten beruht auf dem Accepte, vermöge dessen er sich jedem Inhaber des Wechsels zur Zahlung der acceptirten Summe verpflichtet hat. Der Verpflichtungsgrund ist also allen Wechselberechtigten gegenüber derselbe. Dagegen ist die Frage nach der Identität des Erwerbsgrundes entschieden zu verneinen, weil jeder Indossatar seinen Anspruch aus einem anderen formellen Wechselacte (aus dem Indossamente) herleitet. Der Indossant entäußert sich durch das Giro seiner Wechselforderung zu Gunsten seines Nachmanns dergestalt, daß letzterer nunmehr an Stelle des erste-

[45]) Beiläufig zu bemerken ist hier nur, daß der einlösende Vormann die Kosten des Vorprocesses gegen den Acceptanten nicht mit einklagen kann, da diese Kosten nicht zu den im Artikel 51 der A. D. W.-O. aufgeführten gehören, also im Wechselprozesse nicht eingeklagt werden können, s. Striethorst, Archiv, Bd. 62 S. 364 und Siebenhaar, Archiv, Bd. 16 S. 331. Uebrigens aber wäre der Vormann betreffs dieser Kosten unzweifelhaft Successor. S. auch Siebenhaar, Archiv, Bd. 6 S. 323 ff.

ren den sämmtlichen Wechselverpflichteten gegenüber Wechselgläubiger wird, und zwar als Inhaber des Wechselpapiers ohne Weiteres und kraft eigenen Rechts gleich dem ersten Nehmer und so, daß ihm Einreden, welche den Wechselverpflichteten gegen seinen Indossanten zugestanden haben, nicht entgegengesetzt werden können.[46]) Ob beim Rückaufe des Wechsels dieses früher erworbene und selbständige Recht eines jeden Indossatars wieder auflebt oder ob er seine Rechte von seinem Nachmanne herleitet, soll weiter unten (bei der Frage nach der Personenidentität) untersucht werden.

B. Was die subjective Identität anlangt, so sind auch hier die Fälle der Repräsentation, der Statusfragen und der erbrechtlichen Verhältnisse selbstredend bei Seite zu lassen. Auch der Fall der Unterwerfung unter das Urtheil des Vorprocesses wird als völlig uninteressant aus dem Kreise dieser Betrachtung ausgeschlossen. Es bleibt hier nur zu untersuchen, ob ein (actives) Korrealverhältniß oder ein Successionsfall vorliegt. Beides ist zu verneinen. Ein Korrealverhältniß zwischen dem letzten Inhaber und dem einlösenden Indossanten besteht nicht, weil der Indossant bis zur Einlösung des Wechsels Wechselschuldner und nicht Wechselgläubiger war, der letzte Inhaber durch Einlösung des Wechsels ganz aus dem Wechselverbande ausscheidet. Es fehlt also das zum Begriffe der Korrealität unentbehrliche Requisit der Gleichzeitigkeit der Berechtigung.[47]) Es bliebe demnach nur die Möglichkeit eines Successionsverhältnisses übrig;[48]) allein auch ein solches liegt nicht vor. Jeder Indossatar erwirbt durch das Indossament kraft eigenen Rechts zwei Ansprüche, nämlich einmal den Anspruch gegen den Acceptanten auf Zahlung und dann den Regreßanspruch gegen seine Vormänner. Der Rechtsgrund dieser Ansprüche wurzelt in dem Indossamente und da dieses, wie alle Wechselacte, rein formaler Natur ist, so leitet er jene Ansprüche nicht aus fremdem Rechte her, sondern er hat sie kraft eige-

---

[46]) S. Kuntze a. a. O. S. 57.

[47]) Eben so wenig stehen der Inhaber des Wechsels und der einlösende Vormann im Verhältnisse der Solidarität, s. Leipziger Konf. Prot. S. 144.

[48]) Die exceptio rei judicatae ist auch in Beziehung auf den Kläger eine exceptio rei cohaerens cfr. Wening-Ingenheim a. a. O. Bd. 1 S. 118. Die Wirkung in rem tritt aber nur dem Successor gegenüber ein, nicht etwa auch jedem beliebigen Dritten gegenüber. Der Successor muß sich die Einrede der gegen seinen Autor rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenstellen lassen.

nen Rechts.[49]) Nun behauptet man aber, dieses gelte nur für den Vorlauf des Wechsels, nicht auch für den Rücklauf desselben; der einlösende Indossant erwerbe durch die Einlösung des Wechsels nicht neue und selbständige Rechte in gleicher Weise, wie er solche in dem ersten Stadium des Wechsellaufes durch das Indossament erlangt habe.[50]) Diese hauptsächlich von Liebe vertretene Ansicht dürfte aber falsch sein. Sie geht davon aus, daß dem Indossanten von der Weiterbegebung des Wechsels ab ein Forderungsrecht gegen den Acceptanten und die Vormänner nicht mehr zustehe, daß der Indossant vielmehr erst wieder durch die Einlösung des Wechsels Ansprüche gegen den Acceptanten und die Vormänner erwerbe. Allein die Ansprüche des Indossanten, welche auf dem Indossamente beruhen, sind vertragsmäßige Ansprüche und können nicht durch die an einen Dritten geleistete Zahlung entstanden sein, da diese Zahlung eine dem mit dem Vormanne des Indossanten geschlossenen Begebungsvertrage fremde Thatsache ist. Die Ansprüche des einlösenden Indossanten beruhen ihrem Rechtsgrunde nach nur auf dem Indossamente; sie sind mit diesem entstanden und sind, nachdem sie einmal existent geworden, durch die Weiterbegebung des Wechsels nicht aufgehoben worden.[51]) Die Wechselforderung des Indossanten, an welchen der Wechsel im Regreßwege zurückgegangen ist, gegen den Acceptanten und die Vormänner ist die ursprüngliche und nicht etwa eine neue, von dem Hintermanne abgeleitete.[52])

[49]) Dieses dürfte unstreitig sein, cfr. z. B. Liebe a. a. O. S. 163 und Kuntze a. a. O. S. 58.

[50]) S. Liebe a. a. O.

[51]) S. Erkenntniß des Kgl. Obertribunals vom 9. Juli 1868. Striethorst, Bd. 71 S. 303 ff., namentlich S. 311. cfr. auch Striethorst, Archiv, Bd. 19 S. 367. Dagegen hat derselbe Gerichtshof allerdings in dem Erkenntnisse vom 21. Februar 1857 (Striethorst, Archiv, Bd. 23 S. 321 ff. und Siebenhaar, Archiv, Bd. VII, S. 105 ff.) sich dahin geäußert, daß sich nicht annehmen lasse, daß dieselbe Forderung an den Acceptanten, deren sich der Wechselinhaber durch das einem Dritten ertheilte Giro wirklich einmal begeben hat, wiedererwache, wenn er anstatt des Acceptanten einen seiner Hintermänner befriedige und den indossirten Wechsel dadurch wieder einlöse. Die Entscheidungsgründe dieses Erkenntnisses sind aber überzeugend widerlegt von Thoel, Handelsrecht, Bd. II, §. 266, namentlich S. 482.

[52]) S. Thoel, Handelsrecht, Bd. II, §. 266. Daß der einlösende Indossant nach der A. D. W.-O. ein eigenes (nicht abgeleitetes) Klagerecht hat, ist auch in dem bei Loehr, Central-Organ, Neue Folge, Bd. 4. S. 97 ff. mitgetheilten Erkenntnisse des Obertribunals zu Stuttgart vortrefflich nachgewiesen. Cfr. auch Striethorst, Archiv, Bd. 53, S. 272.

Die Annahme, daß der letzte Inhaber Successor seines Vormannes sei, ist oben zurückgewiesen worden. Ein näheres Eingehen auf diese Frage erschien aber nicht nöthig, da nach lex 9, §. 2 Dig. De except. rei jud. 44, 2 ein gegen den Successor ergangenes Erkenntniß für den Autor keine Wirkung hat.

Es ist also auch in dem zweiten hier behandelten Falle die exceptio rei judicatae wegen Mangels an objectiver und subjectiver Identität auszuschließen.

Ganz im Widerspruche mit den obigen Ausführungen steht das Erkenntniß des Oberappellationsgerichts zu Dresden vom 27. März 1868,[53]) welches hier noch besprochen werden muß. Es wird in demselben ausgeführt: Es könne zweifelhaft erscheinen, ob der richterliche Ausspruch, durch welchen ein Wechsel für ungiltig erklärt werde, durch welchen also diese Ungiltigkeit processual zum Ausdrucke gelange, dem Wechselrechte selbst angehöre und nicht vielmehr nur als ein Ausfluß des Wechselprocesses zu betrachten sei, welcher nur unter den streitenden Parteien und deren Rechtsnachfolgern, welche die Handlungen der Parteien anzuerkennen verpflichtet sind, Rechtskraft habe und Recht schaffe. Der Einwand der rechtskräftigen Entscheidung über die formelle Ungiltigkeit eines Wechsels sei aber als eine exceptio in rem und als unter die erste Kategorie des Art. 82 der A. D. W.-O. fallend anzusehen.[54]) Daher klebe dieser richterliche Ausspruch der Sache, dem Wechsel als ein vitium gleichsam realiter an. Werde einem Wechselgläubiger gegenüber wegen Nichtigkeit des Wechseldokuments der erhobene Wechselanspruch rechtskräftig aberkannt, so werde die Wechselforderung als solche vernichtet, sie höre auf, in der Eigenschaft eines Wechselanspruches ein Bestandtheil des Vermögens des Wechselinhabers zu sein; denn die Sache selbst, der Wechsel werde rechtlich vernichtet. Aus diesen bedenklichen Sätzen wird (vorsichtiger Weise) nicht gefolgert, daß der Wechsel nunmehr der ganzen Welt oder doch wenigstens allen Wechselberechtigten gegenüber für exstirpirt gelten müsse, sondern nur, daß der richterliche Ausspruch den Wechsel-

---

[53]) S. Loehr, Centr.-Organ, Neue Folge Bd. 5, S. 438 ff. und Siebenhaar, Archiv, Bd. 18, S. 284 ff.

[54]) Die Gründe für diese Ansicht ist das Oberappellationsgericht schuldig geblieben, was um so mehr zu bedauern ist, als die richtigen Gesichtspunkte für Entscheidung der vorliegenden Frage berührt sind, freilich nur um verworfen zu werden.

brief für immer und gegen alle Wechselberechtigten, welche ihr Recht aus der Zeit nach dem Erkenntnisse herleiten, vernichte und zur Anstellung des Wechselprocesses untauglich mache. Letzteres ist nur richtig, wenn der Klage die Protestaufnahme Mangels Zahlung voraufgegangen war, s. Art. 16 Alin. 2 der A. D. W.-O. Die Wechselklage auf Zahlung und das auf diese Klage ergangene verurtheilende Erkenntniß stehen in Beziehung auf die Wirkungen späterer nach dem Verfalltage und nach beendetem Processe erfolgender Indossamente dem Proteste Mangels Zahlung nicht gleich.[55]) Für den hier besprochenen Fall, in welchem Protest Mangels Zahlung erhoben worden ist, wird man das Erkenntniß des gedachten Oberappellationsgerichts demnach als richtig anerkennen müssen. Die Begründung jenes Erkenntnisses dürfte aber in jedem Falle verfehlt sein. Die res judicata wirkt nimmermehr in der Art in rem, daß die ganze Welt an den richterlichen Ausspruch gebunden wäre, daß Jedermann sich die Einrede der gegen einen beliebigen Anderen rechtskräftig entschiedenen Sache entgegensetzen lassen müßte.[56]) Einmal wird in der angeführten Entscheidung angenommen, daß die exceptio rei judicatae eine rein processuale ist, dann wird wieder angenommen, daß sie ihren processualen Character ver-

---

[55]) S. Borchardt a. a. O. S. 114, Zus. 218a u. Striethorst, Archiv, Bd. 54 S. 294. Vergl. auch das Erkenntniß des Kgl. Obertribunals Präj. Nr. 2639 vom 22. Mai 1855. Entscheidungen Bd. 31, S. 70 u. Striethorst: Archiv, Bd. 17, S. 204.

[56]) Im römischen Rechte gab es allerdings einen einzelnen Fall, in welchem das Prinzip der Personenidentität ganz durchbrochen war. Wenn nämlich eine actio popularis von Jemandem angestellt und durchgeführt worden war, dann hatte der Verklagte gegen Jeden, der dieselbe Klage später anstellte, die exceptio rei judicatae. Allein auch diese Durchbrechung der Regel läßt sich rechtfertigen und keineswegs liegt irgend ein Grund vor, diese singuläre Ausnahme auf das hier in Rede stehende Rechtsverhältniß auszudehnen. Die Popularklagen waren dazu da, das Recht des ganzen Volkes zu vertheidigen. Der Kläger trat als Vertreter des ganzen Volkes auf mit der Befugniß, in Judicium zu deduciren und das Erkenntniß erging daher für und gegen das ganze Volk (s. l. 1, l. 3 princ. u. l. 5 Dig. De popularib. actionib. 47,23; l. 4, l. 43 §. 2 u. l. 45 Dig. De procuratorib 3,3; l, 30 §. 3 Dig. De jurejurando 12,2; l. 3 §. 13 Dig. De homine libero exhibendo 43, 29; l. 2 §. 2 Dig. Ne quid in loco publico 43,8 und Heimbach in Weiske's Rechtslexikon, Bd. III, S. 778 ff.). Daher konnte denn auch die exceptio rei judicatae gegen jeden neuen Kläger aus dem Volke mit Erfolg vorgeschützt werden. Zudem war der Publikationsmodus ein völlig anderer wie bei den heutigen Erkenntnissen.

liere, sobald sie mit einer in cambium gerichteten Einrede zusammentreffe, daß sie dann unter die erste Kategorie des Art. 82 der A. D. W.-O. falle. Sie soll in diesem Falle ganz ihre Selbständigkeit verlieren, alle ihre Grundbedingungen sollen dann fortfallen und sie soll nur in sofern potenzirend auf die Einrede der Richtigkeit des Wechsels (welche allerdings von jedem Wechselverpflichteten gegen jeden Wechselberechtigten geltend gemacht werden kann — und hier liegt wohl der Grund des Irrthums) wirken, als der Verklagte diese nicht noch besonders zu erweisen brauche. Wenn diese Ansicht richtig, wenn die exceptio rei judicatae wirklich ein ganz characterloses Institut ist, warum sind denn in aller Welt ihre Grenzen so peinlich genau bestimmt?

Ferner wird in jenem Erkenntnisse gesagt, die Wechselurkunde sei rechtlich vernichtet und da Dies durch ein rechtskräftiges Erkenntniß geschehen sei, so sei sie und mit ihr der Wechselanspruch der ganzen Welt gegenüber vernichtet. Gilt Dies nun für die Wechselurkunde ganz allein oder auch für andere Urkunden? Eine solche exorbitante Wirkung hat ein zwischen bestimmten Parteien ergangenes Urtheil niemals, es sei denn, daß die ganze Welt, d. h. alle Berechtigten resp. Verpflichteten zum Processe zugezogen werden, wie es bei dem Mortifications- oder Amortisations-Verfahren geschieht. Bei dem gewöhnlichen Wechselprocesse geschieht Dies nicht, die zum Processe nicht zugezogenen Wechselbetheiligten haben von dem Processe in der Regel gar keine Kenntniß.

Das Resultat vorstehender Abhandlung ist:

die exceptio rei judicatae findet im Gebiete des Wechselrechts wegen der eigenthümlichen Stellung der Verpflichteten zu einander und zu den Berechtigten nur unter denselben Parteien statt.

Natürlich gilt diese Regel nur für die durch formale Wechselakte getrennten Personen. Die in einem Wechselakte verbundenen Personen (z. B. die mehreren Mitacceptanten) stehen zu einander im Verhältnisse der echten Korrealität. Sie würden sich demnach der Einrede der gegen einen correus ergangenen rechtskräftigen Entscheidung bedienen können.

Endlich begründet das Indossament — wie schon oben erwähnt

– in einem Falle doch ein Successionsverhältniß. Art. 16. Alin. 2. der A. D. W.-O. schreibt nämlich vor:

Ist der Wechsel vor dem Indossamente bereits Mangels Zahlung protestirt worden, so hat der Indossatar nur die Rechte seines Indossanten gegen den Acceptanten, sowie gegen den Aussteller und Diejenigen, welche den Wechsel bis zur Verfallzeit indossirt haben.

Danach ist es nicht zweifelhaft, daß Derjenige, welcher aus einem ihm nach Protesterhebung Mangels Zahlung girirten Wechsel Ansprüche geltend macht, sich dieselben Einreden entgegenstellen lassen muß, welche gegen den Indossanten zulässig gewesen wären, also auch die exceptio rei judicatae.[57]) Der durch ein solches verspätetes Indossament in den Besitz des Wechsels gekommene Indossatar ist nur Successor seines Indossanten, er hat den Anspruch nicht kraft eigenen Rechts.[58]) Nicht richtig erscheint aber das Erkenntniß des Kgl. Obertribunals vom 27. März 1855,[59]) in welchem ausgesprochen ist, daß auch der vom Aussteller eines auf eigene Ordre gezogenen und indossirten, jedoch nach erhobenem Proteste Mangels Zahlung durch Giro zurückerworbenen Wechsels gegen den Acceptanten angestellten Wechselklage der gegen seinen Indossatar begründete Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegenstehe. Der oben unter Nr. II. besprochene Fall kann auch so gedacht werden, daß der einlösende Vormann sich den Wechsel vor Anstellung der neuen Klage hat zurück indossiren lassen. Soll dieses Rückindossament auf die Entscheidung einen solchen Einfluß haben, daß der klagende Indossant als Indossatar des rechtskräftig abgewiesenen letzten Inhabers beim Vorschützen der exceptio rei judicatae abgewiesen werden müßte? Nach Ansicht des Obertribunals wäre diese Frage zu bejahen, weil die auf dem Wechselpapiere dargestellte Wechselerklärung nicht beliebig ignorirt werden könne. Gegen diese Entscheidung ist aber einzuwenden, daß, wenn das Rückindossament auch nach Art. 16 der A. D. W.-O. nicht sollte ignorirt werden

[57]) S. Prot. Leipzig 1848 S. 25 ff., Siebenhaar, Archiv, Bd. 18, S. 259. Loehr, Centr.-Org., N. F. Bd. 2, S. 417 ff., Striethorst, Archiv Bd. 11, S. 26 und Siebenhaar, Archiv, Bd. 4, S. 449 ff.

[58]) S. Entscheidungen Bd. 31, S. 70, Striethorst, Archiv, Bd. 17, S. 204, Siebenhaar, Archiv, Bd. 5, S. 342 ff., Bd. 17 S. 407, Bd. 18 S. 259, Loehr, Centr.-Org., N. F. Bd. 4 S. 97 ff.

[59]) S. Striethorst, Archiv, Bd. 17, S. 103.

können, der einlösende Indossant doch in zwei Eigenschaften auftritt nämlich einmal allerdings als Indossatar nach erhobenem Protest Mangels Zahlung, zweitens aber auch kraft eigenen Rechts aus dem Indossamente vor der Protesterhebung. Dieses letztere Recht hat nach Weiterbegebung des Wechsels nur geruht und ist durch Einlösung des Wechsels wieder aufgelebt. Daß zu diesem Rechte noch das nach Protesterhebung erworbene Recht hinzutritt, kann doch für den einlösenden Indossanten keine nachtheiligen Folgen haben! Ist die Ansicht des Obertribunals richtig, dann wäre anzunehmen, daß der wegen rechtskräftiger Vorentscheidung nach Art. 16 der A. D. W.-O. abgewiesene Indossant das Rückgiro nach Art. 55 der A. D. W.-O. ausstreichen und von Neuem kraft eigenen Rechts klagen könnte. Dieser neuen Klage, welche auf einem ganz anderen Fundamente ruht, könnte der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht entgegengesetzt werden. — Daß Art. 16, Alinea 2 der A. D. W.-O. auf ein solches überflüssiges Rückgiro an den einlösenden Indossanten keine Anwendung findet, scheint übrigens auch das Reichsoberhandelsgericht anzunehmen.[60])

[60]) S. Stegemann, Rechtsprechung, Bd. 4, S. 171 und Bd. 8, S. 103 ff., namentlich S. 109.

XI.

Der Rechtsgrund.

Von Herrn Kreisrichter Pfizer in Ulm.

Es ist eine neue Art der Behandlung eines Rechtsstoffes, welche in dem folgenden Aufsatz zur Anwendung zu bringen versucht wird; wollten wir ihr zur Unterscheidung von der historischen und der philosophischen Methode einen Namen geben, so möchten wir sie die grammatische nennen. Der Berechtigung der beiden ersteren Behandlungsarten soll damit in keiner Weise zu nahe getreten werden, die neue Methode begehrt nur Gleichberechtigung und ist sich ihrer Einseitigkeit wohl bewußt. Einseitig ist aber auch die historische und die philosophische Behandlung; um eine Sache, wie sie ist, zu erkennen, ist es allerdings wesentlich, zu wissen, wie sie geworden ist; und der menschliche Geist wird es sich nie nehmen lassen, ergründen zu wollen, wie die Sache werden soll, sich ein Ideal der Sache zu bilden.

Wer bei der Behandlung des Rechts die eine und die andere der herkömmlichen Methoden, frei von jeder Befangenheit und jedem Vorurtheil, zu verbinden vermöchte, der würde sich allerdings einer vollkommenen Erkenntniß des Rechts rühmen dürfen; allein diese Verbindung auch nur annähernd in sich herzustellen, ist nur sehr Wenigen vergönnt. Vielmehr sehen wir nicht blos die Anhänger der philosophischen Schule (deren in unbestimmter Ferne liegendes Ziel dies von selbst mit sich bringt), sondern auch diejenigen der historischen Richtung häufig in Folge der einseitigen Behandlung ihres Stoffs und der dadurch erzeugten Befangenheit auf Abwege gerathen. Der Philosoph, welcher sein Auge auf unendlich ferne Räume richtet, kommt, während er in tiefsinnig-träumerischer Betrachtung der Sterne fortwandelt, über das nächste beste terrestrische Hinderniß zu Fall; der Historiker gräbt im Schutte des Alterthums nach den kostbaren Denk-

malen der Vorzeit; dabei wirbelt er aber zuweilen so viel Staub au daß ihm das klare Sonnenlicht verdunkelt wird und er in der selb erzeugten Dämmerung ein altes Götzenbild für einen belvederische Apollo hält.

Diese Einseitigkeit der herkömmlichen Betrachtungsweisen wir es rechtfertigen, wenn wir einen neuen, gewissermaßen vermittelnde Weg einschlagen und das Recht betrachten, wie es sich in der Sprac darstellt; diese ist die lebendigste Rechtsquelle, aber freilich eine Quell mit welcher im Lauf der Zeit auch mancherlei Veränderungen vo gehen; darum kann auch unsere grammatische Methode der Unterstützun der Philosophie wie der Geschichte nicht entbehren. Zwar wenn menschliche Sprache wie das Gebell des Hundes nur ein Produkt Materie ist, wenn zwischen beiden nur ein Gradunterschied besteht, haben wir uns um Philosophie nicht weiter zu kümmern, denn dan ist es eine Absurdität, von einem vernünftigen, freien Willen —, ein Absurdität, von Recht als einem sittlichen Begriff zu reden; wenn wi aber die Sprache als eine Aeußerung des dem Menschen innewohnende göttlichen Geistes ansehen, so können wir auch bei unserer Method uns der Betrachtung des Willens als Grundlage des in steter Ent wickelung begriffenen Rechts nicht entziehen. — Andererseits könne wir ohne Kenntniß der Sprache der Vergangenheit auch die Recht sprache der Gegenwart nur unvollständig verstehen; wir werden i Verlauf unserer Erörterung Gelegenheit, haben zu sehen, wie zuweil der ursprüngliche Sinn der Worte sich ändert oder verloren geht un wie dies auf die Entwickelung des Rechts einwirkt. Wenn vollend das Recht eines Volks, wie das unserige, mit Elementen eines frem den Rechts versetzt ist, wenn auf den Stamm des nationalen Recht Zweige eines fremden Rechts gepfropft sind, so ist die Nothwendigke der historischen Behandlung von selbst gegeben, zumal wenn die Sprach des fremden Rechts der Vergangenheit angehört, eine todte ist. — Gewisse Gebilde der Sprache behalten jedoch Jahrtausende über ihr Bedeutung; die Begriffe Wort und That werden bei jedem Vol immer dieselben bleiben, wenn auch einzelne „philosophische Köpfe" etwas Großes darin suchen, den Unterschied zwischen beiden weg zudemonstriren; wenn wir im Leben zuweilen sagen: „Dieses Wor war eine That", so sind wir uns der Hyperbel wohl bewußt.

Die Sprache des Rechts soll die Sprache des Lebens, soll ein Theil der Volkssprache sein; den Zusammenhang zwischen Recht und

...en darf der Jurist, welcher auf diesen Namen Anspruch machen ..., mag er Theoretiker oder Praktiker sein, nicht vergessen. Die-...ige Seite des Lebens aber, mit welcher das Privatrecht vorzugs-...ise sich befaßt, ist das wirthschaftliche Leben. Wer dies außer ...t läßt, der construirt zwar vielleicht die schönsten Rechts- und Kunst-...uren, aber etwas Brauchbares, etwas, wofür sein Volk ihm Dank ...iß oder doch Dank schuldet, wird er schwerlich zu Stande bringen; ...jenigen Juristen, die sich von dem ewig frisch pulsirenden Leben ...rückziehen aus Furcht, ihre tiefsinnige und gelehrte Forschung möchte ...rch die Berührung mit dem gemeinen Stoff an Interesse für die ...bildeten des Volkes verlieren, möchten wir die Worte eines großen ...chgenossen zurufen:

„Greift nur hinein in's volle Menschenleben!
Ein Jeder lebt's, nicht Vielen ist's bekannt,
Und wo ihr's packt, da ist's interessant."

---

1. Recht und Leben.

„Das Recht hat kein Dasein für sich; sein Wesen vielmehr ist das Dasein der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen;" mit diesen Worten Savigny's (Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft S. 30) ist ein Dreifaches ausgesprochen:

1. Das Wesen des Rechts ist das Dasein der Menschen von einer besonderen Seite angesehen: ohne Menschen, d. i. ohne vernünftige Menschen kein Recht und ohne Recht keine Menschen, wenigstens keine Menschen, die sich von wilden Thieren oder von — Engeln unterscheiden! Wenn die römischen Juristen (cf. l. 1 §. 3 D. I. 1) von dem Recht reden, welches die Natur das unvernünftige Vieh gelehrt habe, so ist dies eine Spielerei mit dem Worte: Recht; das Thier kennt kein Eigenthum und keine Ehe,[1]) also auch kein Recht. Das Kennzeichen des vernünftigen Menschen ist, daß er mit Willensfreiheit, nach Gründen zu handeln fähig ist, das Merkmal des verständigen Menschen, daß er nach Gründen wirklich handelt, d. h.

[1]) Um diese beiden Begriffe dreht sich unser ganzes Rechts- und Staatsleben, wie ich in meiner Schrift: „die Reform der Verwaltungsrechtspflege" auszuführen versucht habe.

daß er im gegebenen Fall das rechte Mittel zu dem gewollten Zw wählt. Vernunft und Verstand verhalten sich demnach zu eina wie die Begriffe Zurechnungsfähigkeit und Zurechenbarkeit: die be strafrechtliche Streitfrage, ob es Grade der Zurechnungsfähigkeit ge ist von sehr geringer praktischer Bedeutung, denn auch derjenige, w cher mit dem Aufgebot von vielen Gründen und vielem Scharfsinn Frage verneint, wird heutzutage der gerichtlichen Medicin das geständniß machen, daß es Grade der Zurechenbarkeit gebe; er m denn mit der peinlichen Gerichtsordnung Karl's V. der Ansicht se daß die Kindesmörderin und der Raubmörder auf einer Stufe Strafbarkeit stehen. — Der vernünftige Mensch wird, wenn a nicht immer, so doch in einer größeren oder geringeren Zahl von len verständig handeln; und den Menschen, welchen wir durch unverständig handeln —, stets zu dem gewollten Zweck Mittel w len sehen, welche entweder überhaupt nicht zu diesem Zweck füh können oder außer allem Verhältniß zu demselben stehen, sind w sehr geneigt und häufig berechtigt, für unvernünftig zu erklären.

2. Das Wesen des Rechts ist das Dasein der Menschen v einer besonderen Seite angesehen: damit ist die Warnung vor ein einseitigen Auffassung des Daseins der Menschen, des menschlich Lebens ausgesprochen, in welche derjenige zu verfallen droht, welch alle Vorkommnisse des Lebens unter den Gesichtspunkt des Rechts bringen sucht; er vergißt, daß das Recht ein Theil des Lebens un daß der Theil dem Ganzen zu dienen bestimmt ist und nicht u gekehrt; er handelt so, als ob das Recht ein Dasein für sich hätt als ob das Recht nur des Rechts wegen und das Leben nur da da wäre, damit er es unter seine erstarrten Rechtsbegriffe und Rechts regeln „subsumire“, und wenn er am Ende mit seiner Subsumtio ein dem gesunden Menschenverstand recht widersprechendes Resultat z Tage gefördert hat, so wirft er sich wohl noch in die Brust mit dem Ruf: „fiat justitia et pereat mundus!“ — Die Gefahr steigert sich noch, wenn das Recht, welches dem Leben des Volks dienen soll, ein dem Volk fremdes ist; es wird in den Händen derer, welche es anzuwenden berufen sind, zu einer Geheimlehre, deren Priester ihren Nimbus dadurch zu vermehren trachten, daß sie in einer Sprache reden und Dinge verkünden, welche dem Uneingeweihten völlig unverständlich und unbegreiflich sind.

„Wir sind gewohnt, daß die Menschen verhöhnen,
Was sie nicht verstehen;“

gewiß! aber nicht minder gewohnt, daß sie, was recht gründlich unverständlich und unvernünftig ist, mit abergläubiger Ehrfurcht anstaren; es war die römische Curie, welche, wie den lateinischen Gottesdienst, so das lateinische Recht nach Deutschland einführte; und wir fragen: hat die echte Religiosität und hat das Rechtsbewußtsein des deutschen Volks dabei gewonnen, daß seine Lehrer und seine Richter in einer ihm fremden Sprache zu ihm redeten?

3. Das Wesen des Rechts ist das Dasein der Menschen, von einer besonderen Seite angesehen; von welcher Seite? Darauf giebt Savigny keine Antwort; wir werden sie ergänzen müssen dahin: von der Seite der sich widerstreitenden Interessen, von der Seite des Widerstreits einerseits zwischen den Bedürfnissen und Anforderungen der Allgemeinheit und dem Nutzen des Einzelnen, dem Eigennutz, andererseits zwischen dem Eigennutz der Einzelnen unter einander; in der Vermittelung des ersteren Widerstreits liegt das Wesen des öffentlichen, — in demjenigen des zweiten das Wesen des Privatrechts. Eigennutz ist die bewegende Kraft unseres wirthschaftlichen —, Eigenthum die Grundlage unseres Rechtslebens; der Recht- und Culturstaat, dessen Aufgabe es ist, die Förderung der Menschheit auf allen Lebensgebieten zu pflegen, gönnt „Jedem das Seine;“ die Verneinung unseres Staatsbegriffs ist der communistische und der ideale christliche Staat (dessen reale Erscheinung in der Geschichte freilich nur ein häßliches Zerrbild des Ideals ist, mit dem Wahlspruch: „Alles für Einen!“); im communistischen Staat, wo der Sinnengenuß für das höchste oder einzige Gut gilt, gönnt Keiner dem Andern, was er nicht selbst hat, daher der Krieg Aller gegen Alle; aus dem idealen christlichen Staat ist Eigennutz und Sonder-Eigenthum verbannt, Jeder gönnt dem Andern Alles: einen solchen Staat anstreben, heißt den ewigen Frieden auf Erden begründen wollen.

2. Der Begriff des Rechtsgrundes.

Diese Bemerkungen über das Wesen des Rechts waren vorauszuschicken, um eine befriedigende Antwort auf die Frage nach dem Wesen und der Bedeutung des Rechtsgrundes auf dem Gebiet des Privatrechts zu ermöglichen. — Seinem Zweck nach wurzelt das Recht im Eigennutz; vom Begriff des Rechts ist unzertrennlich

der Begriff des staatlichen Zwangs; ein Recht, dessen Anerkennung in keiner Weise erzwungen, zu dessen Achtung der Andere nicht in irgend einer Weise genöthigt werden kann, hört eben damit auf, ein Recht zu sein; höchstens ist, wie beim Königthum eines depossedirten Fürsten, der wesenlose Schein eines Rechts vorhanden. Haben wir nun unter Grund die Bestimmung des Willens zu einem bestimmten Verhalten (Handeln oder Unterlassen) zu verstehen, so werden wir den Rechtsgrund als zwingenden Grund, als nothwendige oder nöthigende Bestimmung des Willens aufzufassen haben; eine nothwendige Bestimmung des Willens, ein passiver Rechtsgrund liegt vor, wenn unser den Nutzen eines Andern förderndes Verhalten von dem Bewußtsein geleitet wird, daß das entgegengesetzte Verhalten uns der Anwendung rechtmäßigen Zwangs aussetzen würde; nöthigend ist die Bestimmung des Willens (aktiver Rechtsgrund), wenn unser Verhalten durch das Bewußtsein geleitet wird, daß wir dadurch in die Lage versetzt werden, durch rechtmäßigen Zwang auf den Willen eines Andern zu unserem Nutzen einzuwirken. — Es ist etwas Mißliches um alle Definitionen, und so müssen wir sofort gestehen, daß, wenn wir nach dem eben Gesagten das Handeln mit oder nach (aktivem) Rechtsgrund als eigennützig und das Handeln ohne (aktiven) Rechtsgrund als uneigennützig bezeichnen, damit die Begriffe Eigennutz und Uneigennützigkeit in einem von dem herkömmlichen etwas abweichenden Sinn gebraucht sind; das Handeln ohne Rechtsgrund ist nicht immer ein völlig uneigennütziges im moralischen Sinn, es kann mittelbar vom Eigennutz bestimmt sein, allein der Handelnde hat kein Zwangsmittel, um seinen Zweck zu erreichen und ist sich dessen bewußt; es macht z. B. Jemand große Schenkungen, um eine angesehene Stellung zu erlangen, um etwa als populäre Größe in den Reichsrath und hernach als Reichsrathsmitglied in den Verwaltungsrath einer Actiengesellschaft gewählt zu werden, man giebt mit Löffeln und nimmt mit Scheffeln! — Andererseits ist das Handeln mit Rechtsgrund keineswegs immer ein eigennütziges im gewöhnlichen Sinn; wer einem Freund ein Buch leiht, weiß zwar, daß er denselben zur Rückgabe verpflichtet, allein Vortheil hat er hiervon nicht; fragt man aber, ob wir nicht der Sprache Gewalt anthun, wenn wir behaupten, der Leihende handle mit Eigennutz, so müssen wir dies zwar bis zu einem gewissen Grad zugeben, wir antworten aber mit der Gegenfrage: ob der Sprache des Lebens nicht auch Ge-

walt angethan wird, wenn von Demjenigen, welcher aus reiner Gefälligkeit einem Andern ein Buch oder ein Pferd leiht, ausgesagt wird: er habe mit demselben ein Rechtsgeschäft abgeschlossen? Wer das letztere behauptet (und die einseitig juristische Auffassung des Lebens behauptet es mit vollem Recht), der wird uns nicht tadeln dürfen, wenn wir — gleichfalls auf den einseitig rechtlichen Standpunkt uns stellend — behaupten: der Leihende handle nicht ohne Eigennutz, weil er gegen den Beliehenen ein Forderungsrecht erwerbe.

Die Fähigkeit zum Handeln nach Gründen haben wir oben als Merkmal des vernünftigen Menschen bezeichnet; das Handeln aber, wodurch wir auf das äußere Leben einwirken (und nur dieses Handeln ist Gegenstand der juristischen Auffassung des Lebens) ist von zweierlei Art: es ist Wort oder That; eine unmittelbare Veränderung in der Außenwelt erzeugt nur die That; das Wort, die Rede vermag nur die That vorzubereiten, den Anstoß zur That zu geben; die Veränderung in der Außenwelt erzeugt die That, auch wenn sie ohne Bezug auf Andere vollbracht wird; den Anstoß zu künftiger Veränderung vermag das Wort nur zu geben, wenn es an Andere gerichtet wird; ein Selbstgespräch ist keine Handlung, aus Monologen allein läßt sich kein Drama zusammensetzen. In diesem Sinn können wir sagen: Merkmal des vernünftigen Menschen ist es, daß er verständig zu reden und verständig zu handeln fähig ist; das Eine und das Andere ist also auch die Voraussetzung des Handelns nach Rechtsgründen.

Wer überhaupt nach Gründen zu handeln unfähig ist, handelt natürlich auch nie nach Rechtsgründen; umgekehrt ist es immerhin denkbar, daß ein Mensch sein Verhalten gegenüber der Außenwelt lediglich durch Rechtsgründe bestimmen läßt, d. h. daß er zum Nutzen Anderer nichts thut, als wozu er gezwungen werden kann, und daß er bei all seinem übrigen Thun von der Absicht geleitet wird, Andere seinem Vortheil dienstbar zu machen; ein solcher Mann wird gemeiner Anschauung häufig sogar als sehr verständig erscheinen, immer aber im Ruf stehen, sehr interessirt, sehr eigennützig, sehr selbstsüchtig zu sein. Solche Menschen sind glücklicher Weise Ausnahmen; die Regel ist, daß ein vernünftiger Mensch bald mit, bald ohne Rechtsgrund (die bald mit, bald ohne Eigennutz) handelt, und darum ist es denn auch ganz natürlich, daß der Staat darum, ob seine Angehörigen nach Rechtsgründen handeln oder nicht, sich regelmäßig nicht bekümmert; ihm genügt es, daß die Handlungen

seiner Angehörigen das Product des freien Willens seien und daß dieser Wille dem zwingenden Staatsgesetz nicht wiederstreite; entspringen Wort oder That nicht aus dem vernünftigen Willen, oder steht dem Willen des Handelnden ein Gesetz des Staats entgegen, welches die Vornahme dieser Handlung verbietet, so ist die Handlung nichtig, im erstern Fall nach natürlichem Recht, im zweiten kraft gesetzlicher Fiktion; übrigens kann auch bezüglich der Frage nach dem Dasein des vernünftigen Willens das positive Recht der Fictionen nicht vollständig entrathen. Fragen wir, wie sich in dieser Beziehung die Reichsgesetzgebung zum bestehenden gemeinen Recht, beziehungsweise zu den Theorien desselben am geeignetsten verhalten wird, so sind hier folgende Punkte ins Auge zu fassen.

3. Das Handeln ohne Grund.

a. Natürliche Handlungsunfähigkeit.

Nach Gründen, also auch nach Rechtsgründen zu handeln, ist vollständig unfähig der Wahnsinnige und der Blödsinnige; bei ihm ist der Wille aufgehoben, also sind alle seine Handlungen rechtlich nichtig. Das römische Recht erklärt dieselben aber für rechtsbeständig, wenn der Geisteskranke sie in einem lichten Zwischenraum, dilucidum intervallum, vorgenommen hat; insbesondere soll der Geisteskranke in einem solchen Zwischenraum gültig letztwillig verfügen können; die Handlungsunfähigkeit hört nach römischem Recht von selbst auf, wenn der Kranke die geistige Gesundheit wiedererlangt hat. Die Beibehaltung dieser römischrechtlichen Bestimmungen wird sich nicht empfehlen, wie dieselben denn auch particularrechtlich bereits vielfach abgeändert sind. Die Frage, ob es überhaupt lichte Zwischenräume gebe, zu entscheiden, ist der Gesetzgeber nicht berufen; wohl aber kann er aussprechen, daß nach erfolgter Entmündigung alle Handlungen, wodurch der Entmündigte in eine ungünstigere Lage versetzt wird, insbesondere alle Veräußerungen unter Lebenden nichtig seien, wenn ohne Mitwirkung des Vormunds vorgenommen, daß ein Entmündigter zu Rechtsgeschäften von Todes wegen unbedingt unfähig sei, und daß diese Handlungsunfähigkeit so lange fortdauere, bis die Aufhebung der Entmündigung durch gerichtliches Urtheil ausgesprochen ist.

Der Verschwender ist an sich durchaus fähig, nach Gründen zu handeln; weil er aber thatsächlich nicht nach Gründen, insbesondere

nicht nach Rechtsgründen handelt und dadurch seine Wirthschaft zerrüttet, wird er von Staatswegen für partiell handlungsunfähig erklärt, für unfähig, seine Lage durch Rechtsgeschäfte zu verschlechtern; die Handlungsfähigkeit von selbst wieder eintreten zu lassen, sobald der Verschwender sanos mores receperit (l. 1. pr. D, XXVII. 10.), ist offenbar nach weniger statthaft, als beim Geisteskranken.

Vom größten Einfluß auf die Handlungsfähigkeit ist das Alter; die Dreitheilung der Minderjährigen in infantes. impuberes und minores wird auf Beibehaltung im künftigen gemeinen deutschen Recht schwerlich zu hoffen haben. Der Unterschied zwischen „zu seinen Jahren kommen" und „zu seinen Tagen kommen" ist aus dem Volksbewußtsein verschwunden; etwas dem Unterschied zwischen tutoris auctoritas und consensus curatoris Entsprechendes müßte erst künstlich geschaffen werden, und der wichtigste Unterschied zwischen Tutel und Curatel, daß erstere nothwendig, letztere nur mit Zustimmung des Minderjährigen eintritt, besteht, wie allgemein zugegeben, heutzutage nicht mehr. Wirklich handlungsunfähig ist nur das Kind. Die zu entscheidenden Fragen sind daher nur: 1) welchen Zeitraum umfaßt das willenlose Kindesalter? 2) welche Wirkung kommt den Handlungen desjenigen Minderjährigen zu, welcher dieses Kindesalter überschritten hat? — Die erste Frage wird von den Lehrern des gemeinen Rechts nahezu einstimmig dahin beantwortet: vollständig handlungsunfähig, so daß seine Worte und Thaten schlechthin rechtlich nichtig sind, ist das Kind bis zum vollendeten siebenten Lebensjahr. Ist dieser Satz in dieser Allgemeinheit wirklich in der Natur der Sache oder ist er auch nur wirklich im römischen Recht begründet? Beides möchten wir verneinen; darüber, daß die natürliche Handlungsunfähigkeit nicht bis zum vollendeten siebenten Lebensjahr dauert, ist es wohl nicht nöthig, viel Worte zu verlieren; wenn man die Kinder vom sechsten Jahr an in die Schule schickt, kann man ihnen doch den Vernunftgebrauch nicht bis zum beendigten siebenten Jahr absprechen. Die vollständige juristische Handlungsunfähigkeit müßte also auf positivem Gesetz beruhen; und zuzugeben ist, daß das gemeine Recht eine solche vollständige Handlungsunfähigkeit überall da annimmt, wo bei Annahme der Willensfähigkeit die rechtliche Lage des Kindes verschlechtert würde; dies ergiebt sich vermöge des Schlusses vom Kleineren auf das Größere schon daraus, daß der Unmündige überhaupt, nicht bloß der infans, wegen der damit verbundenen Vortheile nicht einmal den Besitz soll ver-

äußern können; und weiter ist richtig, daß zu jeder, auch der ihm vortheilhaften Aenderung des Rechtszustands, welche durch das Wort vermittelt wird, das Kind unter 7 Jahren vollständig unfähig ist; vgl. die Nachweisungen bei Savigny, Syst. §. 107: gültig versprechen also kann sich der infans nicht einmal schenkweis lassen. Ganz dasselbe soll aber nach der herrschenden Lehre auch für den Rechtserwerb durch die That gelten; es hängt hier Alles davon ab, ob man dem infans die Fähigkeit, Besitz zu erwerben, ab- oder zuspricht. Das Erstere vertheidigt namentlich Savigny (§. 108), welcher sogar noch weiter geht und unter Berufung auf l. 1 §. 3 und l. 32 §. 2 de acq. poss. annimmt: selbst das Kind über sieben Jahre sei zum Besitzerwerb nur fähig, wenn es „persönlich bereits Einsicht in die Natur des Geschäfts habe". Die beiden angeführten Stellen gehören einem und demselben Juristen, Paulus, an, ein innerer Widerspruch zwischen ihnen ist also nicht wohl anzunehmen; den vorhandenen äußerlichen Widerspruch will Savigny dadurch beseitigen, daß er die Worte der l. 32 §. 2: „Infans possidere recte potest, si auctore tutore coepit" dahin versteht: „Das Kind unter sieben Jahren kann unter allen Umständen nur unter Mitwirkung des Vormunds Besitz erwerben," — und, um damit die l. 1 §. 3 in Einklang zu bringen, annimmt: hier sei nur von einem pupillus infantia major die Rede. Allein so gewiß es unstatthaft ist, mit Vangerow (Pand. §. 104 Anm. 1) gegen Savigny anzunehmen, es seien die Schlußworte: si ejus aetatis sint, ut intellectum capiant nur eine Umschreibung für: si infantia majores sint, so gewiß ist es andererseits unstatthaft, wenn Savigny die Anfangsworte: Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere nur auf ein Kind über sieben Jahren bezogen wissen will; gerade die Zusammenstellung mit dem furiosus ist doch ein schlagender Beweis dafür, daß der Jurist unter dem pupillus nicht bloß ein Kind von 7—12 oder 14 Jahren, sondern namentlich auch ein Kind in den ersten Lebensjahren verstanden wissen will; die natürlichste Vereinigung beider Stellen scheint vielmehr die zu sein: „Jeder Unmündige, selbst derjenige, welcher noch nicht reden kann, ist fähig, Besitz zu erwerben, da (utilitatis causa) die Mitwirkung des Vormunds, beziehungsweise die Vertretung des Kindes durch den Vormund beim Besitzerwerb zugelassen ist; inwiefern aber ohne Mitwirkung des Vormunds der Unmündige Besitz erwerben kann, dies läßt sich nicht nach einer allge-

meinen Regel entscheiden, namentlich kann also auch das zurückgelegte siebente Lebensjahr nicht maßgebend sein, sondern es kommt auf den einzelnen Fall an (eam enim rem facti, non juris esse), also darauf, ob der Unmündige eine Vorstellung von der Bedeutung des zu erwerbenden Besitzes hat." Und diese Vorstellung kann das eine Mal eben sowohl bei einem Kind unter sieben Jahren vorhanden sein, als ein anderes Mal bei einem Kind über sieben Jahren fehlen; wenn ich einem sechsjährigen Kinde einen Groschen gebe und ihm sage, es solle sich dafür einen Apfel kaufen, so wird das Kind die klare Vorstellung davon haben, daß der Groschen, den es in der Hand hält, ihm gehöre; die Aufforderung dagegen, den Besitz einer angefallenen Erbschaft zu ergreifen, wird auch ein zehnjähriger Knabe schlechterdings nicht verstehen. — Die Fähigkeit des Kindes unter sieben Jahren, allein Besitz zu erwerben, ist, wie sich aus dem Gesagten ergiebt, eine ziemlich beschränkte; andererseits aber folgt aus dieser Fähigkeit mit Nothwendigkeit auch die Fähigkeit, in einem natürlich ebenso beschränkten Umfang Rechte, Eigenthum zu erwerben; wer eine Sache inne hat mit dem Willen, sie für sich zu haben, der will sie als eigen, — will Eigenthum daran haben, und er ist Eigenthümer, wenn kein gleichartiger besser berechtigter fremder Wille dem seinigen entgegensteht. Es kann also das Kind, soweit es überhaupt willensfähig ist, ebensowohl durch Aneignung, als durch Uebertragung des Besitzes Eigenthum erwerben. Dabei ist aber Eines wohl zu beachten: die Vorstellung von der Bedeutung des Erwerbs, des zu erwerbenden Objects, ist etwas wesentlich Anderes, als die Vorstellung von dem Erwerbsgrund, von dem Rechtsgrund des Besitzerwerbs: von dem abstrakten Begriff der Pflicht hat das Kind unter sieben Jahren selbstverständlich keinen Begriff; es kann sehr wohl begreifen, daß Jemand ihm etwas zu eigen geben, nicht aber, daß der Gebende dadurch einer ihm obliegenden Verpflichtung nachkommen will; wie aber nach der nahezu allgemein anerkannten, in der Natur der Sache wie im Gesetz (l. 36 D. de acq. rer. dom.) begründeten Lehre der Eigenthumsübergang nicht dadurch ausgeschlossen ist, daß der Empfänger im Irrthum (error) über den Rechtsgrund auf Seiten des Gebenden ist, so kann derselbe auch dadurch nicht ausgeschlossen werden, daß der Empfänger in Unkenntniß (ignorantia) dieses Rechtsgrunds sich befindet. Hieraus folgt: wer dem Vormund ein Darlehen für den Mündel versprochen oder von dem Vormund ein solches aus dem Mündelvermögen erhalten hat, und die geschuldete

Summe dem infans, qui intellectum rei habet, welcher eine Vorstellung von der Bedeutung des Geldes hat, mit den Worten einhändigt: „Das Geld gehört Dir, ich gebe es Dir als Darlehen," oder: „ich bin es Dir schuldig": Der macht wohl das Kind zum Eigenthümer der Geldstücke, aber er macht es nicht zum Darlehensschuldner, noch tilgt er seine Darlehensschuld.

Auf die erste der oben gestellten Fragen: welchen Zeitraum das willenlose Kindesalter umfasse? ist dem Gesagten zu Folge eine nur relativ bestimmte Antwort möglich dahin: durch sein Wort kann das Kind unter sieben Jahren niemals auf den Rechtszustand einwirken, durch die That kann es eine Veränderung im Recht bewirken, aber nur zu seinen Gunsten, und auch dies nur dann, wenn es von dem durch die That zu machenden Erwerb eine Vorstellung, intellectum rei, hat; m. a. W.: das Kind unter sieben Jahren kann sich nicht durch Worte verpflichten, noch kann man sich ihm durch Worte verpflichten, es kann aus Versprechen weder Schuldner noch Gläubiger werden, weil ihm das Bewußtsein des Rechtsgrundes fehlt; zur Veräußerung ist es vollkommen unfähig; des Erwerbs ist es fähig, sofern er durch Besitz vermittelt wird und es eine Vorstellung vom Objekt des Besitzes hat; diese Vorstellung hat es aber höchstens vom Sachbesitz, nicht vom Rechtsbesitz, es kann Eigenthum erwerben, weil eine Sache für sich haben wollen nichts Anderes ist, als das Eigenthum an der Sache haben wollen; zum Erwerb anderer dinglicher Rechte ist es unfähig, auch wenn er durch Besitzhandlungen vollzogen wird. — Die Handlungsfähigkeit, welche wir hiernach, als im gemeinen Recht begründet, dem Kind unter sieben Jahren zuschreiben, erscheint einerseits in der Natur der Sache gelegen, andererseits nach keiner Seite hin gefährlich, nicht für das Kind: denn dieses kann ja seine Lage nur verbessern, und nicht für Dritte: denn wer bei vernünftigen Sinnen ist, wird auf ein Kind Eigenthum nur übertragen, wenn er demselben schenken will; daher es erklärlich ist, daß in den Quellen des römischen Rechts nur die Schenkung als solches Rechtsgeschäft aufgeführt ist, durch welches der infans Eigenthum erwerben kann: l. 3 C. VII, 32. Ueber diesen beschränkten Kreis der Handlungsfähigkeit hinaus ist Alles, was das Kind redet oder thut, ganz ohne rechtliche Bedeutung, nichtig.

Mit dem vollendeten siebenten Jahr läßt das römische Recht die natürliche Handlungsunfähigkeit aufhören; eine gewisse Willkür liegt

natürlich immer in der Aufstellung solcher Zeitgrenzen, denn ein innerer Grund dafür, daß das dem Kinde am Tage vor dem achten Geburtstag gegebene Versprechen nichtig, — das am Tag nach demselben gegebene gültig sein soll, wird regelmäßig nicht vorhanden sein; allein die Rechtssicherheit kann einmal ohne solche Willkürlichkeiten und Fiktionen nicht bestehen, die Aufgabe der Gesetzgebung kann es daher nur sein, den Kreis dieser Fiktionen möglichst enge zu ziehen. Auch für die deutsche Gesetzgebung wird kein Anlaß vorliegen, dem zurückgelegten siebenten Lebensjahre die ihm vom römischen Recht beigelegte Bedeutung zu entziehen und erst von da an Handlungsfähigkeit des Kindes auch in der Richtung anzuerkennen, daß dem Wort desselben rechtliche Bedeutung zukommt. Es fragt sich daher nur: in welchem Umfang ist der Minderjährige nach vollendetem siebenten Jahre handlungsfähig? Der Standpunkt des römischen Rechts läßt sich in zwei Sätze zusammenfassen:

Vor dem siebenten Jahre muß der Minderjährige einen Vormund haben, weil er handlungsunfähig ist. — Nach dem siebenten Jahre ist er handlungsunfähig, weil er einen Vormund hat.

Die gemeinrechtliche Controverse, ob der mündige Minderjährige hinsichtlich der Fähigkeit, sich zu verpflichten, dem über sieben Jahre alten Unmündigen gleich stehe oder nicht, interessirt uns hier nicht; denn sicher ist: soweit derselbe überhaupt nach römischem Recht unfähig ist, sich zu verpflichten oder zu veräußern, ist diese Unfähigkeit bedingt dadurch, daß er einen Vormund hat; hat er einen solchen nicht, so ist seine Handlung an sich vollkommen rechtsbeständig und es steht ihm nur das Rechtsmittel der in integrum restitutio zu (l. 3 C. II., 22). Daß aber auch der (über sieben Jahre alte) Unmündige nur darum unfähig ist, sich zu verpflichten, weil er einen Vormund hat, dafür spricht einmal, daß in den Quellen nirgends dem impubes als solchem, sondern immer nur dem pupillus die Handlungsfähigkeit abgesprochen wird (freilich konnte nach römischem Recht der Fall nicht leicht eintreten, daß ein impubes keinen Vormund hatte, da der durch Testament oder Gesetz Berufene Vormund wurde unmittelbar durch die Berufung, ohne daß es einer Bestellung und Verpflichtung durch die Obrigkeit bedurfte); sodann vor Allem, daß die natürliche Handlungsfähigkeit des Unmündigen vielfach in so fern anerkannt wird, als die von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte eine, wenn auch mit geringen Kräften ausgestattete, natürliche Verbindlichkeit erzeugen. — Die Füh-

rung der Vormundschaft erscheint nach römischem Recht mehr als nach heutiger Anschauung als ein Recht des Vormunds; „vis ac potestas in capite libero" nennt der Jurist (l. 1 D. XXVI. 1) die Tutel; die Handlung des Mündels, wodurch dieser über sein Vermögen verfügt, ist ein Eingriff in das Recht des Vormunds, und wie sonst Niemand gültig über fremdes Vermögen verfügen oder einen Dritten durch seine Verträge verpflichten kann, so kann der Mündel nicht über das der Gewalt des Vormunds unterworfene Vermögen verfügen; erwerben zwar kann er unbedingt (soweit er nach dem Obigen persönlich fähig ist Besitz zu erwerben), ebenso sich etwas versprechen lassen, denn hierdurch geschieht dem Recht des Vormunds kein Eintrag; allein was er aus seinem Vermögen ohne Mitwirkung des Vormunds weggiebt, das ist widerrechtlich weggegeben und in der Hand des Empfängers gleich einer clandestina possessio (l. 11 D. XLI., 1.); was ihm aus einem Versprechen geleistet wird, erwirbt er zwar, allein die Leistung ist keine Erfüllung, sie befreit den Schuldner nicht; nur soweit das Geleistete thatsächlich in die Hände des Gewalthabers gelangt, erwirbt der Schuldner gegen dessen Klage auf (abermalige) Erfüllung eine Einrede; und wenn er zu leisten verspricht, so wird durch dieses Versprechen das seiner Gewalt entzogene Vermögen nicht belastet, selbst die Schuld, welche re contrahitur, wie nach römischem Recht das Darlehen, ergreift sein Vermögen nicht; nach Beendigung der Vormundschaft wird ihm sein Vermögen frei von allen Schulden, welche nicht der seitherige Gewalthaber contrahirt hat, ausgefolgt, was er daher aus diesem Vermögen leistet in der Meinung, eine aus dem während seiner Unmündigkeit gegebenen Versprechen darauf haftende Schuld zu tilgen, das kann er als indebitum zurückfordern. — Da hiernach bei einseitigen Schuldverhältnissen der Gläubiger des Bevormundeten keinerlei Zwangsmittel hat, so ist sein Recht regelmäßig nur der Schein eines Rechts, und ist es sehr erklärlich, wenn die römischen Juristen sagen, der Bevormundete werde nicht einmal jure naturali verpflichtet; nur in dem Falle erlangt die auch hier vorhandene natürliche Verbindlichkeit Wirksamkeit, wenn der Gläubiger zufällig in die Lage kommt, die Erfüllung der dem Bevormundeten obliegenden Verpflichtung als Gegenleistung für eine von ihm an jenen zu entrichtende Leistung in Anspruch nehmen zu können; so, wenn dem Gläubiger die Entrichtung eines Vermächtnisses an den Bevormundeten aufgegeben wird unter der Bedingung, daß dieser seine Schuld bezahle; ein Klagerecht erwirbt

der Gläubiger dadurch nicht, aber er kann wenigstens die Leistung zurückhalten, bis das ihm Geschuldete geleistet ist. Von größerer Bedeutung ist dieses Zurückbehaltungsrecht bei zweiseitigen Schuldverhältnissen; einen directen Zwang kann auch hier der Gläubiger des Bevormundeten nicht ausüben, und auch den indirekten Zwang wird er regelmäßig nur anwenden können, wenn der überwiegende Vortheil aus dem Geschäft auf Seiten des Bevormundeten ist; der Nutzen, welchen das Zurückbehaltungsrecht für ihn hat, besteht also nur darin, daß er dadurch vor dem Schaden bewahrt wird, seine Verbindlichkeit aus dem Schuldverhältniß erfüllen zu müssen, ohne die Gegenleistung zu erhalten. Mit der Erklärung des Vormunds: nicht erfüllen zu wollen, verliert das Schuldverhältniß alle Kraft, von nun an ist auch der andere Contrahent nicht mehr gebunden.

b. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

Die herrschende Lehre pflegt in diesen Fällen (der sog. negotia claudicantia) von einer relativen oder unentschiedenen Nichtigkeit zu reden; daß die Gesetzgebung aussprechen kann: „dieses oder jenes Rechtsgeschäft soll unter den und den Voraussetzungen so angesehen werden, als ob es nie geschlossen worden wäre"; und daß der Gesetzgeber weiter sagen kann: „dieses oder jenes nichtige Geschäft soll unter gewissen Voraussetzungen so angesehen werden, als ob es von Anfang an ein gültiges Rechtsgeschäft gewesen sei", — dies ist nicht zu bestreiten, eine andere Frage aber ist es, ob solche gesetzgeberische Fiktionen Beifall verdienen. Was ist überhaupt Nichtigkeit? ein nichtiges Rechtsgeschäft? Nichtig ist, was nicht ist, ein nichtiges Rechtsgeschäft im strengen Sinn ist dasjenige Geschäft, welches kein Rechtsgeschäft ist, oder welches nur den Schein — im Gegensatz zum Sein — eines solchen darstellt. Wenn Jemand einen Wahnsinnigen fragt, ob er ihm sein Haus um 1000 Thaler abkaufen wolle, und der Wahnsinnige Ja sagt, oder wenn Jemand seinen letzten Willen zu Papier bringt, in der „Testament" betitelten Verfügung aber einen Erben einzusetzen oder zu derselben die vom Gesetz verlangten Zeugen beizuziehen vergißt, so ist der Schein eines Kaufvertrags, der Schein eines Testaments vorhanden, aber kein wirklicher Vertrag, weil es an der Uebereinstimmung zweier (vernünftigen) Willen —, kein wirkliches Testament, weil es an einem zum Wesen des Testaments gehörigen Erforderniß fehlt; hier sind Vertrag und Testament nichtig. Wenn da

gegen ein Vater unter Uebergehung seines Sohnes in einem äußerlich fehlerlosen Testament einen Fremden zum Erben einsetzt, oder wenn ein 18jähriger Mensch ein Darlehn aufnimmt und dafür seine Uhr versetzt, so liegt dort ein wirkliches Testament, hier ein wirklicher Faustpfandvertrag vor, und wenn das Gesetz dennoch jenes Testament und diese Verpfändung für nichtig erklärt, so beruht diese Nichtigkeit bereits auf einer Fiktion, auf der Fiktion der Unzurechnungsfähigkeit des Testators, beziehungsweise eines der Contrahenten. Diese Fiktion stellte denn auch das römische Recht bezüglich der Rechtsgeschäfte Bevormundeter wenigstens insofern auf, als ihre ohne Mitwirkung, beziehungsweise Genehmigung geschehenen Veräußerungen für nichtig erklärt werden, allein damit ist noch nicht gesagt, daß auch der die Veräußerung erst vorbereitende Vertrag nichtig sei; eine wahre, sogenannte absolute Nichtigkeit kann nach gemeinem Recht nicht angenommen werden, da nach dem klaren Inhalt der Gesetze der andere Contrahent aus dem mit dem Bevormundeten abgeschlossenen Geschäft grade so verpflichtet wird, wie aus dem mit einem Volljährigen geschlossenen Vertrag, und eine vertragsmäßige Verpflichtung aus einem Vertrag, der kein Vertrag ist, ein Unding wäre; darum soll mit einer relativen Nichtigkeit geholfen werden. Was aber soll man sich darunter vorstellen? Es ist wohl am besten, dem Rath des Mephistopheles folgend sich nicht allzuängstlich darum zu quälen:

„Denn eben wo Begriffe fehlen,
Da stellt ein Wort zur rechten Zeit sich ein",

und wenn das Wort vollends ein Fremdwort ist, so wird der Mangel eines klaren Begriffs noch weniger bemerkt; relative Nichtigkeit würde auf deutsch heißen: beziehentliche Nichtigkeit; ein relativ nichtiges Geschäft wäre ein Geschäft, welches in einer gewissen Beziehung nichtig, in einer andern Beziehung gültig, existent ist. Der Ausspruch des römischen Juristen: „ex uno latere constant contractus" könnte auf den Gedanken leiten: das Geschäft sei in Beziehung auf die eine Partei nichtig, in Beziehung auf die andere gültig; allein eine solche Construktion ist offenbar unmöglich: ein Geschäft, welches z. B. als Kauf auf der einen Seite nichtig ist, kann nicht auf der andern Seite als Verkauf existent sein. Von anderer Seite wird der Begriff der relativen („unentschiedenen") Nichtigkeit durch die Aufstellung zu retten versucht, es sei dies eine Nichtigkeit, welche von dem Willen einer be-

stimmten Person, bei einem Vertrag namentlich eines der Contrahenten, abhänge. Allein von unserem Willen kann es zwar abhängen, ob künftig etwas geschehen, ein bestehendes Verhältniß aufgehoben, ein neues Verhältniß ins Leben gerufen werden soll, nicht aber, ob gegenwärtig etwas ist oder nicht ist. Ein Mittelding zwischen Sein und Nichtsein giebt es nicht, so wenig wie ein Mittelding zwischen Tod und Leben; der Scheintodte ist eben noch nicht wirklich todt, er ist scheinbar todt, in Wirklichkeit aber noch lebendig. Wenn trotz seiner Vernunftwidrigkeit der Begriff der relativen Nichtigkeit in der Gesetzgebung, namentlich im Eherecht zuweilen Anerkennung gefunden hat, so ist nur die Erklärung möglich: es liegt eine doppelte Fiktion vor; zuerst wird (um bei dem von einem Minderjährigen geschlossenen Vertrag stehen zu bleiben) fingirt, es fehle an der Uebereinstimmung zweier (vernünftiger) Willen, und daraus folgt die Nichtigkeit des Vertrags; und wenn hernach der Vormund den Inhalt des nichtigen Vertrags billigt, so wird fingirt, es sei eine Willensvereinigung zwischen ihm und dem anderen Contrahenten zustande gekommen. Und warum die Zuflucht zu Fictionen nehmen, wo eine natürliche Erklärung so nahe liegt?

Die römischen Juristen haben es mit der Terminologie für die verschiedenen Arten von Unwirksamkeit und Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte nicht immer auf's genaueste genommen: vgl. die Nachweisungen bei Windscheid, Pand. §. 82, N. 2. Darum ist es auch unstatthaft, aus der oben angeführten Ausdrucksweise: „ex uno latere constat contractus“ den Schluß zu ziehen, dieselben haben den von einem Bevormundeten ohne Mitwirkung des Vormundes geschlossenen Vertrag auf Leistung und Gegenleistung für nichtig erklärt; es wäre schwer zu begreifen, wie sie hierzu sollten gekommen sein, da sie doch aus demjenigen Geschäft, durch welches sich blos der Bevormundete verpflichtet, eine wenn auch sehr abgeschwächte obligatio naturalis entstehen lassen. Warum aber haben sie die Veräußerungen des Bevormundeten für nichtig und nicht auch blos für anfechtbar erklärt? Die Erklärung liegt nahe genug, wenn wir sie auch in manchen gelehrten Werken vergeblich suchen; sie liegt in dem Unterschied zwischen Wort und That, einem Unterschied, welcher dem gemeinen Verstand sofort einleuchtet, während freilich gerade die Juristen, ohne daß es, wie im Faust einer Vermittelung durch „Sinn“ und „Kraft“ bedürfte, häufig ohne weiteres Wort

für That und That für Wort setzen; der Nachweis hierfür wird unten geführt werden.

Wir haben oben bemerkt: nur die That erzeugt eine unmittelbare Veränderung in der Außenwelt, das Wort giebt blos den Anstoß zur That; zwischen Wort und That findet derselbe Unterschied statt, wie zwischen persönlichem und dinglichem Recht; die That auf dem Gebiet des Privatrechts erzeugt —, das Wort bezweckt erst eine Aenderung im Besitzstand; das durch die That geschaffene dingliche Recht wirkt gegen Jedermann, die durch das Wort begründete persönliche Berechtigung oder Verpflichtung nur in Beziehung auf Einen oder Einzelne; das dingliche Recht ist ein absolutes Recht, das persönliche Recht ein relatives. Da nun andererseits, was nichtig ist, für Niemand etwas oder, was gleich bedeutend: für Alle nichts ist, die Anfechtbarkeit dagegen eine bestimmte Person oder einen bestimmten Kreis von Personen voraussetzt, welche zur Anfechtung berechtigt sind und denen gegenüber das Recht der Anfechtung stattfindet, so ergiebt sich leicht der Zusammenhang zwischen Wort und That einerseits und Anfechtbarkeit und Nichtigkeit andererseits: soll für eine bestimmte Person die Rechtswirkung des von ihr gesprochenen Wortes beseitigt werden, so ist es vollkommen zureichend, wenn ihr das Recht zur Anfechtung jener Rechtswirkung gegeben wird; so unvernünftig es wäre, nach Sperlingen mit Kanonen zu schießen, so unvernünftig wäre es, den von einem willensfähigen Bevormundeten abgeschlossenen Kaufvertrag für nichtig zu erklären; um ihn vor Schaden zu bewahren, genügt es vollständig, ihm oder seinem Vormund das Recht zur Anfechtung des von ihm gesprochenen Wortes zu geben; denn aus dem Wort kann nur derjenige, dem es gegeben worden ist, ein Recht ableiten; wird demjenigen, welcher es gegeben hat, gestattet zu erklären: „ich will an mein Wort nicht gebunden sein", so ist jede Rechtswirkung des Worts mit dieser Erklärung beseitigt; einer Verschwendung, und darum eines Mißbrauchs seiner Gewalt machte sich der Gesetzgeber schuldig, wenn er, um diesen Zweck zu erreichen, den ganzen Vertrag für nichtig erklärt; noch mehr: wenn er durch diese Verletzung des Gesetzes der Sparsamkeit nicht denjenigen schädigen soll, den er vor Schaden bewahren will, d. h. wenn er ihn nicht des möglichen Nutzens aus dem Vertrag berauben will, so muß er gegen die Vernunft die von ihm statuirte Nichtigkeit für eine relative erklären. — Ganz anders verhält es sich, wenn es gilt, für eine bestimmte Per-

lon die Rechtswirkung einer That zu beseitigen. Was wir anfechten, was wir widerrufen können, das sind unsere Willenserklärungen, unsere Worte; ungesprochen können wir sie allerdings nicht machen, allein wenn es wahr ist, daß das Wort für sich allein keine Aenderung in der Außenwelt hervorbringt, so ist die Wirkung des Widerrufes dieselbe, wie wenn das Wort nie gesprochen worden wäre. Die That können wir nie ungeschehen machen, und ihre Folgen entziehen sich unserem Willen; die mit Vernunft vollbrachte That ist allerdings ein Ausdruck des Willens, ist Handlung; allein sie ist mehr als Erklärung, sie ist Bethätigung des Willens; auch wenn die in der That gelegene Willenserklärung widerrufen werden darf und widerrufen worden ist, so bleiben immer noch die Folgen der That bestehen, obwohl ihnen der Rechtsgrund entzogen ist. Wer seine Sache verkauft und weggiebt, damit der Empfänger sie zu Eigenthum habe, der macht diesen zum Eigenthümer; der Rechtsgrund seines Thuns war sein Wille, die durch sein Wort übernommene Verpflichtung zu erfüllen; wenn er sein Wort widerrufen darf und widerruft, so ist es, wie wenn er nie einen Kaufvertrag abgeschlossen hätte; allein die Folgen seines Thuns bleiben bestehen: er hat die Sache weggegeben, der Andere hat sie inne; aber vom Augenblick des Widerrufes an hat er sie nicht nur ohne Rechtsgrund, sondern überhaupt ohne Grund inne, als ob ein Willenloser sie ihm gegeben hätte, und darum muß er sie dem Gebenden zurückgeben; wie aber, wenn er sie vor dem Widerruf in Folge eines mit einem Dritten abgeschlossenen Vertrages diesem Dritten zu Eigenthum übergeben hat? Der erste Veräußerer mag sein an den zweiten Veräußerer gerichtetes Wort widerrufen, so lange er will: dem Eigenthumsbesitz des zweiten Empfängers entzieht er damit niemals seinen Rechtsgrund. — Wenn darum dem ersten Veräußerer gegen die Folgen seiner That gründlich geholfen werden soll, so ist das einzige Mittel die Fiktion, es sei die That von ihm ohne Willen verbracht worden: nun ist der durch die That hervorgebrachte Zustand von Anfang an ein grund- und rechtloser, rechtswidriger; der erste Empfänger ist nicht Eigenthümer geworden, konnte also, was er nicht hatte, auch nicht auf den zweiten Empfänger übertragen, der erste Veräußerer kann daher die Sache als sein Eigenthum dem ersten wie dem zweiten und jedem folgenden Empfänger abfordern: dies ist die Bedeutung der Fiktion der Richtigkeit.

Die römischen Juristen, mehr Praktiker als Theoretiker, haben

sich mit dergleichen Erörterungen über den Unterschied von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit nicht abgegeben; sie hielten sich mehr an das Aeußerliche, indem sie, wie schon oben bemerkt wurde, von dem Grundsatz ausgingen: die Handlungen des impubes sind, soweit sie ihm Nachtheil bringen, ungültig, wenn er einen Tutor hat, gewisse Handlungen des minor sind unter derselben Voraussetzung ungültig, wenn er einen Curator hat; im Uebrigen erscheint bei ihnen die Ungültigkeit als Anfechtbarkeit oder als Nichtigkeit, je nachdem der Zweck: das Vermögen des Bevormundeten vor Schaden zu bewahren, erstere als genügend, letztere als nothwendig erscheinen läßt; eben als ausgezeichnete Praktiker banden sich die römischen Juristen streng an das Gesetz der Sparsamkeit: dem Zweck das Mittel genau anzupassen, letzteres weder zu verschwenden, noch damit zu geizen; hierin sind sie für die Gesetzgeber aller Zeiten ein schwerlich zu übertreffendes Muster, auch wenn die Theorie des Rechts sich noch so sehr vertieft hat.

Das römische Recht sagt: die Handlungen des Minderjährigen sind ungültig, wenn und weil sie einen Eingriff in das Recht, in die vis ac potestas des Vormundes enthalten; der heutige Standpunkt ist ein anderer: gewisse Handlungen des Minderjährigen entbehren der rechtlichen Wirkung, weil der Handelnde minderjährig ist, weil ihm die klare Einsicht in die Bedeutung seines Handelns fehlt; m. a. W. im römischen Recht entscheidet über die Ungültigkeit einer Handlung (Wort oder That) die Thatsache der Bevormundung, nach heutigem Rechtsbewußtsein das Alter des Handelnden: wir werden den 16jährigen Menschen, welcher sein Haus um einen Spottpreis verkauft, nicht deshalb, weil er zufällig ohne Vormund ist, auf das dürftige Rechtsmittel der in integrum restitutio beschränken, sondern wir werden seiner Handlung schon seines Alters wegen die volle Rechtswirkung versagen; andererseits tritt in unserem Bewußtsein das selbständige Recht, die vis ac potestas des Vormundes in den Hintergrund, die Handlungen des Minderjährigen erscheinen uns ungültig nicht darum, weil sie einen Eingriff in das Recht des Vormundes, in eine fremde Rechtssphäre enthalten; von dem letzteren Standpunkt aus konnte das römische Recht ohne Zwang, ohne Zuhülfenahme von Fiktionen, zu der Annahme der Nichtigkeit der Thaten, der von dem Bevormundeten vorgenommenen Veräußerungen und der beinahe vollständigen Unverbindlichkeit der Worte, der von dem Bevormundeten eingegangenen Verpflichtungen gelangen; wir müssen, wenn wir die Handlung des Be-

Verwundeten nicht als Eingriff in fremdes Recht ansehen wollen, zur Begründung der Nichtigkeit die Fiktion des mangelnden Willens zu Hülfe nehmen, eine Fiktion mit welcher wir, wenn es sich um die Gültigkeit der von dem Minderjährigen geschlossenen Verträge handelt, nach dem oben Ausgeführten über das Ziel hinausschießen. Daß das Rechtsbewußtsein unseres Volks beleidigt würde, wenn ein Mann, welcher als minderjähriger Student ein Darlehen aufgenommen und das Geld verspielt hat, das nach erreichter Volljährigkeit (zurück-) bezahlte Geld zurückfordern dürfte unter Berufung auf l. 13 §. 1 u. l. 41 D. de condictione indebiti, XII, 6: darüber wird wohl ein Zweifel nicht bestehen. Erwägt man endlich, daß der Zug der Gesetzgebung über das bewegliche Eigenthum dahin geht, zu dem Satz des deutschen Rechts: „Hand muß Hand wahren" zurückzukehren, daß die deutsche Gesetzgebung nach dem Vorgang der preußischen Gesetze den Erwerb und Verlust von Grundeigenthum und Rechten an solchem von dem Eintrag in die öffentlichen Bücher abhängig machen wird, — und daß die Annahme der Nichtigkeit der von einem Minderjährigen vorgenommenen Veräußerungen mit dem einen wie mit dem andern Grundsatz, wenn auch aus verschiedenen Gründen, so gut wie unvereinbar ist, so kann das Ergebniß wohl kein anderes sein als dies: die Fiktion der Nichtigkeit der von einem Minderjährigen vorgenommenen Rechtsgeschäfte — oder auch: die Nichtigkeit dieser Rechtsgeschäfte, soweit sie auf bloßer Fiktion und nicht auf der (bis zum vollendeten 7. Jahr mit der oben erwähnten Einschränkung kraft Rechtsvermuthung bestehenden) natürlichen Willensunfähigkeit beruht, ist von der Gesetzgebung aufzugeben, und es hat sich diese darauf zu beschränken, alle Rechtsgeschäfte des allein handelnden, natürlich willensfähigen Minderjährigen für anfechtbar, insbesondere die aus solchen Geschäften gegen den Minderjährigen begründeten Forderungen (natürliche Verbindlichkeiten) als zur Aufrechnung ungeeignet zu erklären; die relative Nichtigkeit möge sie dem römisch-katholischen Eherecht überlassen, dort mag sie neben anderen Monstrositäten an ihrem Platz sein!

c. Unerlaubte Handlungen.

Soviel über den ersten Theil des oben aufgestellten Satzes: nichtig nach natürlichem Recht, nach der Natur der Sache sind Wort und That, wenn sie nicht aus vernünftigem Willen entspringen; nichtig kraft Gesetzes sind sie, wenn sie dem Gesetz des Staats zuwiderlaufen. Die letztere Art der nichtigen Handlungen ist nunmehr kurz zu betrachten. Wenn wir oben sagten: diese Handlungen seien nichtig kraft

gesetzlicher Fiktion, so soll damit nur gesagt sein, die Nichtigkeit habe hier ihren Grund nicht in dem Mangel der Willensfreiheit, der Fähigkeit, nach Gründen zu handeln; auch der Verbrecher handelt nach Gründen, und insofern vernünftig; weil aber sein Wille ein unsittlicher ist, so spricht das Gesetz seinen Erzeugnissen jede rechtliche Wirkung ab; damit ist bereits die Grenze bezeichnet, innerhalb welcher sich der Gesetzgeber bei der Androhung der Nichtigkeit zu halten hat: nur diejenigen Handlungen sollen für nichtig erklärt werden, welche unter allen Umständen unerlaubt, schlechthin unsittlich sind. Wer eine fremde Sache in Besitz nimmt, um sie sich anzueignen, begeht eine unter allen Umständen unsittliche Handlung; er will zwar Eigenthümer der Sache werden und unterwirft sie durch die That seiner Herrschaft, allein das Gesetz versagt diesem Willen seine Anerkennung und erklärt seine That für nichtig. Wenn dagegen Jemand durch gefährliche Drohungen einen Andern nöthigt, einen Tauschvertrag mit ihm abzuschließen, etwa seine goldene Uhr für eine silberne wegzugeben, und wenn dieser Tauschvertrag sofort vollzogen wird, so ist zwar der durch Drohworte geübte Zwang, nicht aber die durch denselben veranlaßte That unsittlich, denn weder, daß der Genöthigte seine goldene Uhr weggiebt, noch daß der Nöthigende das ihm Gegebene annimmt, ist unsittlich; unsittlich ist nur das Wegnehmen; der Nöthigende wird daher Eigenthümer der goldenen Uhr, er wird es selbst dann, wenn er dem Genöthigten nichts dafür giebt, wenn dieser ihm die Uhr gezwungen schenkt, denn in demselben Sinn, in welchem man von der Schenkung als einem Rechtsgeschäft redet, kann auch von einer erzwungenen Schenkung die Rede sein, obwohl nach gemeinem Sprachgebrauch die Begriffe Zwang und Schenkung einander ausschließen; soviel ist gewiß, daß nach gemeinem Recht derjenige, welcher durch Erpressung eine fremde Sache vom Eigenthümer sich verschafft, deren Eigenthümer, und nicht, wie der Dieb oder Räuber, bloßer Besitzer wird. Auch wird die moderne Gesetzgebung nicht nöthig haben, von diesem durch die Erwägung: voluit, quamvis coactus voluit vollständig begründeten Satz des römischen Rechtes abzugehen; vielmehr kann es sich nur darum handeln, ob nicht für das heutige Recht eine Verallgemeinerung des Rechtsmittels sich empfiehlt, welches das römische Recht zur Wiederherstellung der durch den Zwang verletzten Rechtsordnung gewährte, — daß der Erwerb durch Erpressung nicht minder unsittlich sei, als der Erwerb durch Raub und Diebstahl, und daß der durch

die Erpressung Beschädigte denselben Anspruch auf Hülfe habe, wie der Bestohlene oder Beraubte: dieser Erkenntniß konnte sich das römische Recht nicht verschließen; dem Bestohlenen und dem Beraubten stand gegen den Dieb und Räuber die Deliktsklage, gegen beide aber, sowie gegen jeden Dritten auch die Eigenthumsklage zu; dem Genöthigten war dieses Rechtsmittel versagt, denn er hatte ja sein Eigenthum aufgegeben; zum Ersatz ward ihm die actio quod metus causa als actio in rem scripta gegeben, und vermöge dieses Rechtsmittels ist er in entschieden besserer Lage, als der Bestohlene und Beraubte: diese müssen dem redlichen dritten Erwerber gegenüber ihr Eigenthum, — der Genöthigte muß nur die Thatsache der Erpressung beweisen. Wenn nun die deutsche Gesetzgebung, den im Handelsgesetzbuch Art. 306 und 307 eingeschlagenen Weg verfolgend, dem redlichen Erwerber beweglicher Sachen gegen die Klage des dritten Eigenthümers Schutz gewähren sollte, so wäre der Bestohlene dem redlichen Rechtsnachfolger des Diebs gegenüber rechtlos; so weit wollte aber das Handelsgesetzbuch nicht gehen und wird auch das künftige bürgerliche Gesetzbuch nicht gehen, wird nicht die Heiligkeit des Eigenthums den „Interessen des Verkehrs", d. i. den Interessen der Diebe und Diebeshehler opfern wollen; vielmehr dürfte es sich empfehlen, nach dem Muster der römischen actio quod metus causa dem Beraubten und dem Bestohlenen (vielleicht auch dem Herrn der verlorenen Sache) eine actio in rem scripta, eine Klage auf Herausgabe gegen jeden Besitzer der Sache zu gewähren, zu deren Begründung die Behauptung und der Beweis des Diebstahls u. s. w. genügte; eine Ausnahme von diesem Grundsatz zu Gunsten öffentlicher Leih- und Pfandhäuser ließe sich, als theilweise im Interesse der Beschädigten selbst gelegen, wohl rechtfertigen.

Für nichtig, sagten wir oben, sollen nur die an sich unerlaubten und unsittlichen Handlungen erklärt werden; unerlaubt und insofern unsittlich ist allerdings jede vom Gesetz verbotene Handlung; allein wenn das Gesetz die Handlung nur unter gewissen Voraussetzungen verbietet, so wäre es ungerechtfertigt, als Folge der dennoch vorgenommenen Handlung Nichtigkeit anzudrohen, vielmehr genügt es, die Anfechtbarkeit der Handlung Demjenigen oder Denjenigen gegenüber auszusprechen, welche von dem Vorhandensein jener Voraussetzungen Kenntniß hatten oder hätten haben sollen: nach gemeinem Recht wie nach den verschiedenen Partikularrechten waren z. B. von

jeher eine Reihe an sich erlaubter Handlungen für den Fall, daß sie von einem Schuldner innerhalb einer gewissen Zeit vor Ausbruch des Concurses vorgenommen wurden, mit Ungültigkeit bedroht, und zwar bald mit absoluter, bald mit relativer Nichtigkeit, bald mit bloßer Anfechtbarkeit; es ist gewiß zu billigen, daß der Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung[1]) dergleichen Handlungen durchweg für anfechtbar erklärt; durch die wirklich zum Schutz gewisser Interessen aufgestellte Fiktion der Nichtigkeit eines Geschäfts werden nur zu oft Dritte, welche an diesem Geschäft gar nicht betheiligt waren, in ihren wohlerworbenen Rechten gekränkt; so wenn Schenkungen in gewissen Beträgen oder unter gewissen Personen, oder wenn Kaufverträge für den Fall der Nichteinhaltung gewisser Formen für nichtig erklärt werden, während die Statuirung der Anfechtbarkeit den Bedürfnissen vollkommen genügen würde.

Oben wurde gesagt: der Rechtsgrund sei aufzufassen als zwingender Grund, als nothwendige oder nöthigende Bestimmung des Willens; wo der Wille überhaupt fehlt oder als fehlend gedacht wird, da ist von einem rechtlich wirksamen Handeln, von einem Handeln nach Gründen nicht die Rede; das willenlos gesprochene Wort erzeugt überhaupt keine Aenderung in der Außenwelt und ist unvermögend, eine Aenderung im Rechtszustand vorzubereiten; die willenlos vollbrachte That erzeugt zwar eine Aenderung im Besitzstand, nicht aber eine Aenderung im Recht. Wir wenden uns jetzt wieder speciell zum Handeln nach Rechtsgrund, wobei angeknüpft werden mag an das oben über die Erpressung, über die erzwungene Schenkung Bemerkte; in demselben Sinn, sagten wir, in welchem man die Schenkung ein Rechtsgeschäft nennt, könne auch von einer erzwungenen Schenkung die Rede sein; der gemeine Sprachgebrauch werde übrigens die Erpressung nicht unter dem Gesichtspunkt der Schenkung, überhaupt der Rechtsgeschäfte bringen.

4. Die Begriffe: Rechtsgeschäft und Vertrag.

Was ist ein Rechtsgeschäft? Ueber den scheinbar höchst einfachen Begriff herrscht nichts weniger als Einstimmigkeit, wie die Zusammen-

[1]) Zeitungsnachrichten zufolge war die erste That der zur Berathung dieses Entwurfs berufenen Commission die Veränderung des Titels in „Concursordnung;“ wozu diese Aenderung, wenn man doch froh sein sollte, statt des fremden ein gut deutsches, Jedermann verständliches Wort setzen zu können? Wird wohl die Commission uns auch statt des Gemeinschuldners mit einem „Cridar“ erfreuen?

stellung der von drei hervorragenden Juristen gegebenen Definitionen beweisen wird.

Savigny (System §. 104): „Willenserklärung oder Rechtsgeschäft ist diejenige freie Handlung, welche unmittelbar gerichtet ist auf Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses."

Reihen wir daran sofort seine Definition des Vertrags:

„Die Willenserklärung als der übereinstimmende Wille des Betheiligten mit dem Willen einer oder mehrerer anderer Personen heißt: Vertrag." -- Dazu §. 140: „Vertrag (dessen Begriff Allen, auch außer dem Gebiet unserer Wissenschaft geläufig ist) ist die Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung, wodurch ihre Rechtsverhältnisse bestimmt werden."

Wächter (würtemb. Privatrecht §. 83): „Rechtsgeschäft ist eine Handlung, durch welche in Folge eines die Rechtsänderung bezweckenden und bedingenden Wollens ein Rechtsverhältniß nach Rechtsregeln begründet, aufgehoben oder modificirt werden soll."

„Vertrag ist die Vereinigung Mehrerer zu einer durch ihren übereinstimmenden Willen bedingten Begründung, Aufhebung oder Modification eines Rechtsverhältnisses."

Windscheid (Pandekten §. 69): „Rechtsgeschäft ist die Privatwillenserklärung des Inhalts, daß ein Recht entstehen, untergehen oder eine Veränderung erleiden soll."

„Vertrag ist das zweiseitige Rechtsgeschäft, Vereinigung zweier Willenserklärungen des Inhalts" u. s. w. wie oben.

Aus den verschiedenen Begriffsbestimmungen (denen ungefähr noch so viele weitere angefügt werden könnten, als es Schriftsteller über die Begriffe Rechtsgeschäft und Vertrag giebt) folgt natürlich auch eine entsprechende Mannigfaltigkeit der Ansichten darüber, welche Geschäfte Rechtsgeschäfte seien und welche nicht; nach Savigny z. B. (ebenso Sintenis) soll die Occupation einer herrenlosen Sache kein Rechtsgeschäft sein, während Wächter sie für ein solches erklärt; die Schenkung behandelt Windscheid als Vertrag, Savigny (ebenso Vangerow) sprechen ihr diese Eigenschaft ab. — Uns scheint es, daß die Antwort auf die Frage: was ist ein Rechtsgeschäft? verschieden ausfallen muß, je nachdem man sich auf den wirthschaftlichen oder auf den juristischen Standpunkt stellt. Von letzterem Standpunkt aus ist zu sagen: ein Rechtsgeschäft ist jedes Geschäft, welches ein Erzeugniß des (rechtlich anerkannten) Willens ist und eine Aenderung im Rechts-

zustand hervorbringt: in diesem Sinn ist zweifellos Aneignung einer herrenlosen —, Enteignung der mir gehörigen Sache, Besorgung fremder Angelegenheiten ohne Auftrag, Schenkung ein Rechtsgeschäft; während andererseits der gemeine Sprachgebrauch gewiß auf Savigny's Seite steht, wenn er behauptet: die Thätigkeit des Jägers, welcher ein Wild erlegt und ergreift, des Freundes, welcher das Haus seines Freundes mit eigenem Aufwand vor dem Einsturz bewahrt, sei kein Rechtsgeschäft; nach wirthschaftlicher Auffassung liegt ein Rechtsgeschäft nur da vor, wo ein Handeln nach Rechtsgründen stattfindet; aus diesem Gesichtspunkt betrachtet, ist nicht blos Occupation und Dereliktion und negotiorum gestio, sondern auch die Schenkung kein Rechtsgeschäft. — „Das Recht ist das Dasein der Menschen von einer besonderen Seite angesehen:“ auch die Occupation, die Dereliktion und die Schenkung können und müssen vielfach von der Seite des Rechts, als Rechtsgeschäfte betrachtet werden, aber wir sollten nie vergessen, daß diese Betrachtung eine einseitige ist! Diese einseitige Betrachtung liegt dem Juristen besonders nahe, aber man wird nicht behaupten dürfen, daß sie ihm zu besonderer Zierde gereiche; wir finden von ihr fast keine Spur bei den großen römischen Juristen, welche ihre Thätigkeit auf ein nationales, mit dem ganzen Leben des Volks verwachsenes Recht verwandten; um so mehr tritt sie bei denjenigen Juristen, selbst den bedeutendsten, hervor, deren Thätigkeit auf ein fremdes Recht concentrirt ist und welche dieses den Bedürfnissen des eigenen Volkes anzupassen unternehmen; wie schwer, wie gradezu unmöglich dies ist, vermögen wir am Kleinsten zu erkennen: es gebe uns einmal Jemand eine befriedigende Uebersetzung des Wörtchens: contractus!

Das Recht ist das Dasein der Menschen, es durchdringt und ergreift deren ganzes Dasein. Daraus folgt nothwendig, daß sich zwischen dem Rechtsgeschäft im wirthschaftlichen und dem Rechtsgeschäft im juristischen Sinn eine scharfe Grenze nicht ziehen läßt; einem Geschäft, welches sozusagen auf der Grenze steht, sind wir schon im Beginn unserer Erörterung begegnet: der Leihe, dem Commodat. Eine Vergleichung desselben, d. h. des römisch-rechtlichen Commodats, nicht des heutigen Leihvertrags, mit zwei andern Geschäften wird am geeignetsten sein, den Unterschied zwischen Rechtsgeschäft und Rechtsgeschäft in's Licht zu setzen, die Vergleichung mit der Schenkung (im engern Sinn, im Gegensatz zum Schenkungsversprechen) und mit dem Bittbesitz, dem precarium. — Schenkung, Commodat und Precarium fallen sämmt-

cipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt. Einen Fall, wo die Tradition tacite recipit conditionem, d. h. einen Fall der Tradition im prägnanten Sinn unter einer conditio juris behandelt l. 15 D. XXXIV, 5: der Erbe tradirt eine zur Erbschaft gehörige Sache, welche der Erblasser einem Dritten legirt hat (wir haben dabei an das legatum per vindicationem zu denken), noch ehe der Dritte sich über die Annahme des Legats erklärt hat; der Jurist entscheidet: erklärt der Legatar die Annahme, so ist die Tradition nichtig, denn dann ist gewiß, daß der Erbe nie Eigenthümer der Sache war; schlägt er das Legat aus, so gilt die Tradition, denn nun ist gewiß, daß die Sache dem Erben schon zur Zeit der Uebergabe gehört hat. Würde aber der Erbe die Sache dem Andern behändigen mit der Erklärung: „ich gebe Dir die Sache zu eigen für den Fall, daß der Legatar das Vermächtniß ausschlägt," so wäre die Behändigung wiederum keine Tradition im prägnanten Sinn, sondern eine bloße Uebergabe des natürlichen Besitzes, verbunden mit dem bedingten, traditio brevi manu genannten Rechtsgeschäft. – Eine weitere Anwendung fand die Regel der l. 77 auf das mutuum des römischen Rechts; eine ächte Bedingung konnte dabei so wenig wie bei den drei andern Realcontrakten vorkommen, dagegen unterschied es sich von diesen dadurch, daß ihm eine uneigentliche Bedingung stets innewohnt: der contractus ex mutuo kommt nur zu Stande, wenn der Darlehensreicher Eigenthümer des Geldes ist: es folgt dies aus der oben hervorgehobenen Verwandtschaft des mutuum mit den Innominat-Contracten do ut des etc. Gegen die Strenge des Rechts gewährten schon die Römer die Contractsklage, wenn der Empfänger des Geldes durch Consumtion Eigenthümer geworden war; für das heutige Recht hat der Satz überhaupt keinen Sinn mehr; würde heute dem Empfänger das noch nicht consumirte Geld entwehrt, so stünde ihm eine Klage aus dem Darlehnsvertrag auf Schadensersatz gerade so zu, wie dem Käufer von vertretbaren Sachen, wenn diese ihm evincirt werden. —

8. Actus legitimi.

Fortsetzung:

Die gerichtliche Auflassung nach deutschem und preußischem Recht.

Ein Beispiel endlich eines modernen actus legitimus giebt an die Hand §. 1 des preußischen Gesetzes über den Eigenthums-Erwerb von Grundstücken u. s. w. vom 5. Mai 1872:

einer actio praescriptis verbis oder nach l. 19 § 2 D. XLIII. 26 mit einer condictio incerti geholfen wurde. Wie aber soll der deutsche Rechtsanwalt die Klage bezeichnen, mit welcher er die precario weggegebene Sache zurückfordert? Eine „Klage aus einem Bittvertrag" wird er sicherlich nicht anstellen, denn ein kraft Vertrags und ein nur bittweise bestehender, prekärer Zustand schließen einander aus; er wird wohl nur wegen widerrechtlicher Vorenthaltung des Besitzes klagen können.

Es ist schon behauptet worden, der Unterschied zwischen commodatum und precarium habe für das heutige Recht keine Bedeutung mehr; wir möchten umgekehrt behaupten: der Unterschied ist im heutigen Recht ein viel stärkerer, als er im römischen Recht war. Um aber diese Behauptung zu begründen, müssen wir weit ausholen und werden wir genöthigt sein, auf die tiefliegenden Gegensätze zwischen dem römischen Recht und dem deutschen Rechtsbewußtsein einzugehen. Dabei wird sich reiche Gelegenheit zur Prüfung des Werthes der modernen juristischen Kunstsprache finden. Wir knüpfen an einen schon oben betonten Gegensatz an.

5. Das rechtwirkende Wort und die rechtwirkende That.

Die Mittel, durch welche wir auf den Rechtszustand einwirken, sind Wort und That, durch letztere wirken wir unmittelbar, durch ersteres mittelbar auf die Außenwelt, auf den sichtbaren Rechtszustand ein; die That, sagten wir oben, erzeugt --, das Wort bezweckt erst eine Aenderung im Besitzstand; daß durch bloße Worte ein dingliches Recht erworben oder verloren werde, ist Ausnahme, worauf unten zurückzukommen sein wird. Um auf den Rechtszustand einzuwirken, müssen Wort und That Produkte des freien Willens sein; während aber der Sinn des vernünftigen Wortes regelmäßig für sich klar ist, wird die That, das nackte Thun regelmäßig die verschiedensten Deutungen zulassen. Zwar wenn der Jäger ein Wild schießt und ergreift, wenn Jemand unter eine versammelte Menge eine Hand voll Geld wirft, so ist über den Sinn seines Thuns kein Zweifel möglich; jener will Eigenthümer des Thieres werden, dieser sein Eigenthum an dem Geld aufgeben; hier können wir aus der That mit Sicherheit auf den Willen schließen, können wir die That als Willenserklärung betrachten. Allein das weitaus häufigste Thun im Rechtsverkehr, das Geben und

nehmen, ist nicht so unzweideutig, seine rechtliche Bedeutung wird regelmäßig erst erkennbar durch die, die That begleitenden oder ihr vorausgehenden Worte: die Willensbethätigung ist regelmäßig für sich allein keine Willenserklärung; das Mittel, unseren Willen zu erklären, ist das Wort, das Mittel, ihn zu verwirklichen, auszuführen, d. h. aus uns herauszuführen, so daß er gewissermaßen eine körperliche Existenz gewinnt, ist die That. Ist aber die That keine Willenserklärung oder mehr als Willenserklärung, so ist sie auch niemals Vertrag, oder stets mehr als Vertrag, denn der Vertrag soll ja, wie wir oben gesehen haben, stets Willenserklärung sein; mit andern Worten: es giebt keinen dinglichen Vertrag; wer von einem solchen redet, macht sich der Mißhandlung der deutschen Sprache schuldig, er gebraucht das Wort in einem Sinn, den es nun eben einmal nicht hat und welchen ihm die Willkür der Gelehrten nicht beilegen kann; der Bauer, welchem es Vergnügen macht, mag immerhin sein Heu Stroh nennen, es bleibt doch immer Heu. — Wer seine verkaufte Sache dem Käufer übergiebt, nimmt allerdings ein Rechtsgeschäft vor, er überträgt Eigenthum; aber er schließt keinen Vertrag, sondern er erfüllt, er löst einen solchen: solvit. Das Handeln beim Vertragsabschluß ist ein durchaus anderes als das Handeln bei der Vertragserfüllung; wer einen Kauf abschließt, handelt mit aktivem Rechtsgrund, der Käufer ist rechtlich nicht genöthigt, zu kaufen, der Verkäufer nicht genöthigt, zu verkaufen, sondern er will durch sein gegebenes Wort, dem Andern eine Sache oder Geld zu geben, diesen Andern verpflichten, ihm Geld oder eine Sache zu geben; wer einen Kaufvertrag erfüllt, den Kaufpreis zahlt oder die Waare übergiebt, handelt mit passivem Rechtsgrund; er will nicht einen Andern sich verpflichten, derselbe ist ihm ja bereits verpflichtet, sondern er will sich seiner Verpflichtung entledigen. — Man sage auch nicht, es sei nur ein Wortstreit, ob man die Tradition einen Vertrag nenne oder nicht; der Streit ist keineswegs ohne praktische Bedeutung, denn was für das Wort gilt, gilt nicht auch für die That.

Untersuchen wir zunächst die rechtliche Bedeutung des Wortes; damit das Wort Willenserklärung sei, muß es Inhalt und Form haben; der Inhalt ist der Gedanke, die Form die Sprache; damit es als Willenserklärung rechtliche Wirkung habe, darf es nicht blos Aussage eines Gedankens, sondern muß es Zusage, Versprechen sein, es muß nach der modernen Kunstsprache „nicht eine bloße Enuntiation

enthalten, sondern eine Disposition"[2]) (Windscheid, Pand. § 304, n. 1). Durch Versprechen und Annahme wird die persönliche Verpflichtung, ein Schuldverhältniß begründet; so lange derjenige, an welchen das Wort gerichtet war, dasselbe nicht sich zu eigen gemacht, das Band, welches der Andere ihm dargeboten hat, nicht ergriffen hat, so lange kann dieser sein Wort, das Band, welches er seinem Willen angelegt hat, zurückziehen. Dies ist — mit einer später zu besprechenden Modifikation bezüglich der an eine unbestimmte Person gerichteten Versprechen — die heutige Rechtsanschauung, war aber nicht die Rechtsanschauung aller Zeiten; nach doppelter Richtung nicht: einerseits ließ man aus einem Versprechen, welchem keine Annahme entsprach, eine erzwingbare Verbindlichkeit entstehen; andererseits hielt man Versprechen und Annahme nicht für hinreichend zur Entstehung eines Schuldverhältnisses. In ersterer Beziehung ließ (nach der herrschenden Lehre) das römische Recht aus der pollicitatio, das römische und vor Allem das kanonische Recht aus dem Gelübde (votum reale: Richter, Kirchenrecht § 288) eine juristische Verpflichtung entstehen; wer heutzutage eine gemeinnützige Anstalt gründen will, wird sich mit den Organen des betreffenden Gemeinwesens in's Benehmen setzen, und mit unseren Begriffen von öffentlichem Recht und öffentlichem Anstand wäre es schwer vereinbar, gegen einen Reichstags-Candidaten oder Abgeordneten, welcher „ob honorem" etwa die Erbauung einer Straße oder Eisenbahn durch den Wahlbezirk in den Zeitungen versprochen hat, eine Klage Seitens dieses Bezirks zuzulassen.[3]) Der anthropomor-

[2]) „Das Versprechen als Verpflichtungsgrund nach heutigem Recht" ist der Titel einer kürzlich erschienenen Schrift von Siegel, welche sich als „germanistische" Studie ankündigt. Der Grundgedanke derselben ist das gerade Gegentheil des unserigen; nach deutschem Recht erzeuge das Versprechen ohne Annahme eine Verpflichtung; es sei eine willkürliche Annahme des römischen Rechts, daß zum Eintritt der vollen Wirkung des Versprechens Annahme erforderlich se, das Recht könne diese Wirkung eben sowohl dem Versprechen allein beilegen. — Allerdings kann dies — wenn auch nicht das Recht, so doch — das willkürlich erlassene Gesetz, aber ob es daran wohl thun würde, ist eine andere Frage: ganz außer Frage aber scheint uns, daß der Gedanke, das nicht angenommene Versprechen allgemein zum Verpflichtungsgrund zu machen, nicht dem Geist des germanischen Rechts, sondern allein dem Geist des Verfassers angehört.

[3]) Wir können übrigens nicht umhin, die bescheidene Vermuthung auszusprechen, daß auch die Römer nicht aus der einseitigen, etwa in Freundeskreis gethanen, von einem Fremden belauschten oder von einem der Freunde weiter-

phistisch-theokratischen Anschauung aber, wonach Jemand durch ein in der Einsamkeit gesprochenes Wort zum Schuldner der Gottheit wird und vom Priester, welchem ein Lauscher das Wort hinterbracht hat, als vom Vertreter der Gottheit auf Erfüllung belangt werden kann, wird der moderne Staat noch weniger Rechnung tragen.

Von viel größerer, noch heute nachwirkender Bedeutung ist die andere Abweichung der früheren von der heutigen Rechtsanschauung, wonach das einfache Versprechen, auch wenn es angenommen war, zur Entstehung eines Schuldverhältnisses nicht genügte, sondern das Wort, um Rechtswirkung zu erlangen, besonders geartet, der Wille, anstatt in die natürliche Form, in eine Kunstform gekleidet sein mußte. Da der Wille als Wort von der natürlichen Form unzertrennlich ist, so denken wir, wenn von Formen der Willenserklärung die Rede ist, nur an Kunstformen, und nennen die der Kunstform ermangelnde Willensäußerung, auch wenn sie in Worten erfolgt, eine formlose. Das Princip des römischen Rechts war nun: das formlose Wort, das formlose Versprechen erzeugt, auch wenn es angenommen ist, keine civilrechtliche Verbindlichkeit, und zwar macht es keinen Unterschied, ob der Versprechende mit oder ohne Rechtsgrund handelt, ob er sich verpflichtet, um den Empfänger sich zu verpflichten, oder ob er das Versprechen uneigennützig, mit völliger Beiseitesetzung seines Ich, d. h. schenkungsweise giebt; rechtliche Kraft erlangt das Versprechen erst, wenn es in die Form der stipulatio gekleidet ist, der Vertrag erst, wenn er in seine Elemente, Versprechen und Annahme, Gegenversprechen und Annahme aufgelöst und diese Elemente in die Form zweier von einander unabhängiger Stipulationen gebracht sind. Fehlt diese Form, so ist kein Theil an sein Wort gebunden, ja selbst wenn ein Theil sein Wort erfüllt, in die That umgesetzt hat, steht es ihm frei, ob er nun Erfüllung des vom andern Theil gegebenen Wortes verlangen

erzählten Erklärung: „Ich bin heute Consul geworden, ich werde zum Dank für die mir erwiesene Ehre ein Theater bauen," eine Klage gegen den Versprechenden zugelassen haben, daß vielmehr überall in dem Titel über die pollicitatio zu unterstellen ist, der Versprechende habe das Versprechen den gesetzlichen Vertretern der Stadt, des Bezirks gegenüber abgelegt; dem steht nicht entgegen die Definition in l. 3 D. h. t., wo die pollicitatio als offerentis solius promissum dem pactum als duorum consensus atque conventio gegenübergestellt wird; zu vgl. das unten über den Unterschied zwischen (einseitigem) Versprechen und (zweiseitigem) Vertrag Ausgeführte; eine Besonderheit der pollicitatio des röm. Rechts bliebe immer noch die, daß sie auch ohne die Form der Stipulation klagbar war.

oder sein Wort widerrufen, damit seiner That den Rechtsgrund entziehen und das Geleistete dem Empfänger, der es nun ohne rechtfertigenden Grund inne hat, abfordern will. — Von dieser Strenge giebt es aber einige Ausnahmen, Fälle, wo eine vollwirksame Verbindlichkeit ohne die Form der Stipulation entsteht, und welche die romanistische Doktrin als benannte Real-Contrakte und als Consensual-Contrakte zu bezeichnen pflegt.

6. Real-, Consensual- und Innominat-Contrakte.

Von den sog. Realcontrakten kann man übrigens kaum sagen, daß sie Ausnahme von dem strengen Recht bilden, wenigstens nicht in dem Sinn, daß dabei an etwas Willkürliches, Singuläres gedacht werden dürfte. Wer einem Andern etwas leiht, als Faustpfand einhändigt oder bei ihm hinterlegt, soll auch ohne Hinzutritt einer stipulatio ein Klagerecht auf Rückgabe haben; es ist einleuchtend, daß hierin nichts Singuläres liegt, denn wenn in diesen Fällen die Form der Stipulation hinzuträte, was wäre damit erreicht? Antwort: Nichts! Die Unverbindlichkeit des formlosen Vertrags äußert sich hauptsächlich in dem Reuerecht, welches dem zuerst Erfüllenden zusteht; was aber würde der Darleiher, der Hinterlegende, der Verpfänder mit Ausübung des Reuerechts erreichen? Genau das, was er mit der Contraktsklage erreicht: die Rückgabe des Weggegebenen; sein Recht, die Sache zurückzuverlangen, durch eine stipulatio zu verstärken, lag für den Geber regelmäßig kein Grund vor; die exceptio doli aus dem Uebereinkommen, daß die Sache dem Empfänger vor einer gewissen Zeit nicht abgefordert werden dürfe, würde auch der Klage aus der Stipulation entgegengestanden sein. — Anders verhält es sich mit den übrigen, den sog. unbenannten Realcontrakten, den Innominatcontrakten; mögen sie unter die Kategorie do ut des, do ut facias, facio ut des oder facio ut facias fallen, überall ist der Inhalt der Erfüllung der dem Empfänger obliegenden Verpflichtung ein anderer als der Inhalt des Reuerechts. Dabei ist aber noch Folgendes zu bemerken: auch beim Darlehen (welches wir oben unter dem das mutuum und das commodatum zusammen begreifenden Ausdruck Leihe angeführt haben, da wir im Deutschen keine wirklich verschiedenen Bezeichnungen für beide Rechtsgeschäfte haben) ist streng genommen der Inhalt der Erfüllung des vom Empfänger gegebenen Wortes ein anderer als der Inhalt

des Reuerechts; ersteres geht auf Zurückgabe von tantundem ejusdem generis, letzteres auf Zurückgabe von idem: insofern steht das mutuum den Innominatcontrakten gleich, und diese Aehnlichkeit ist keine rein äußerliche; ein Reuerecht freilich hat der Darleiher nicht, aus dem einfachen Grund, weil dasselbe für ihn so wenig praktischen Werth hat, wie für den Commodanten oder den Deponenten, denn ob er, wenn er 100 Thaler mit dem Bild des Königs von Würtemberg weggegeben hat, eben diese 100 Thaler oder 100 andere Thaler mit demselben Bild oder 100 Thaler mit dem Bild des Königs von Bayern zurückerhält, ist für ihn rechtlich durchaus unerheblich. Wohl aber tritt die Verwandtschaft darin zu Tage, daß er, wie derjenige, welcher einen Andern zur tauschweisen Hingabe einer Sache verpflichten will, den Empfänger zum Eigenthümer machen muß, um seinerseits eine Klage auf Erfüllung des von jenem gegebenen Worts, eine Contraktsklage zu erwerben, daß es also hierzu nicht genügt, wenn er dem Anderen den ungestörten Besitz, das habere licere verschafft. Was ist der innere Grund dieser regelmäßig noch heute als geltendes Recht vorgetragenen Bestimmung des römischen Rechts? Wir werden wohl nicht fehl gehen, wenn wir ihn in folgender Erwägung suchen; das formlose Uebereinkommen (nudum pactum) auf Leistung und Gegenleistung begründet regelmäßig keine rechtliche Verpflichtung; wo es ausnahmsweise eine solche begründet, da ist es im Uebrigen den Contrahenten überlassen, das Maaß und den Umfang der beiderseitigen Verpflichtungen zu bestimmen; so beim Kauf, wo die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises nicht durch den Empfang der Sache, sondern durch das Versprechen, gegen Leistung der Sache zu bezahlen, begründet wird. Soll dagegen durch die That (re) eine rechtliche Verpflichtung des Andern begründet, der Andere zum (sofortigen oder künftigen) Aufgeben eines Rechts verpflichtet werden, so muß die That selbst eine unmittelbare Aenderung im Rechtsstand, nicht blos im Besitzstand bewirken; wer aber eine fremde Sache einem Andern giebt, damit dieser sie für sich habe, der bringt damit keine Aenderung im Rechtszustand hervor, kann also auch durch diese That keine Rechtswirkung erzeugen; nihil agit, sein Thun in dem von ihm gewollten Sinn eines dare ist nichtig. — Ist diese Erklärung richtig, so ist einerseits nicht zu leugnen, daß die von den römischen Juristen zwischen dem dare des Tauschers und dem tradere des Käufers gemachte Unterscheidung, wenn auch scheinbar subtil, so doch im innersten Wesen

des römischen Schuldrechts begründet war; andererseits aber ist alsdann gewiß, daß das Festhalten dieses Unterschiedes zwischen Kauf und Tausch für das heutige Recht gänzlich sinnlos ist, sinnlos wenigstens für den, welcher glaubt, daß die Sprache des Rechts die Sprache des Volks und keine dem Volk unverständliche Geheimlehre sein soll. Was aber würde das Volk zu folgendem Fall sagen? A und B schließen einen Tauschvertrag über ein im Besitz des A befindliches Haus und einen dem B gehörigen Acker; der Vertrag wird beiderseits vollzogen, einige Zeit darauf brennt durch Zufall das dem B übergebene Haus ab: nun erfährt B, daß das Haus nicht Eigenthum des A, sondern Eigenthum der Ehefrau desselben war und daß A den Tausch ohne ihr Wissen abgeschlossen hat; er klagt gegen A auf Rückgabe des Ackers, indem er ihm den Brandplatz zur Verfügung stellt; und der Richter, der es noch von seiner Studentenzeit her im Kopf hat oder auch schwarz auf weiß besitzt, daß der Tausch ein Vertrag sei, gerichtet auf gegenseitiges Verschaffen von Eigenthum, spricht aus: „der Tausch ist von Anfang an nichtig, A muß den Brandplatz zurücknehmen und den Acker herausgeben!“ Bei dem in seinem Recht gekränkten Mann wird durch ein solches Urtheil vielleicht nicht die Achtung vor der Person des Richters, wohl aber — und dies ist noch viel schlimmer — die Achtung vor dem Recht, vor dem Gesetz untergraben; denn für den schlichten Verstand ist es rein unbegreiflich, warum im Fall eines Kaufs B —, im Fall eines Tausches aber A die Gefahr des übergebenen Hauses tragen soll. — Eine ganz ähnliche Verschiedenheit zwischen dem römischen und dem heutigen Recht, wie beim Tausch, müssen wir bezüglich der Hingabe an Zahlungsstatt, datio in solutum, behaupten; dieser Hingabe liegt stets und nothwendig eine Vereinigung zweier Willenserklärungen zu Grunde; gegen Hingabe einer Sache Seitens des Schuldners soll der Gläubiger auf seine Forderung verzichten. Dieses Uebereinkommen war nach römischem Recht grade so wirkungslos wie ein Tauschvertrag; Rechtswirkung erlangt es nur durch Einkleidung in die Form der Stipulation, d. i. durch förmliche novatio. Erst durch die rechtswirksame That des Schuldners, durch sein dare — im Gegensatz zum tradere — wird die Forderung des Gläubigers getilgt, und vollkommen consequent sagt daher l. 46 pr. D. XLVI, 3: Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. Daß aber heutzutage das formlose Uebereinkommen, vermöge dessen der Schuldner baaren

Geldes statt des letzteren dem Gläubiger einen Wagen Heu zu liefern verspricht, wenn auch keine Novation, so doch ein klagbares Versprechen ist, wird von Niemand bezweifelt werden. Daraus folgt aber für das heutige Recht mit Nothwendigkeit, daß nach der Erfüllung der neuen Zusage, mag sie an die Stelle der alten Schuld (novatio) oder neben sie (obligatio alternativa) getreten sein, der Schuldner stets nur für Eviktion haftet.

Man wende auch nicht ein: cessante ratione legis non cessat lex ipsa; so gewiß und nothwendig mit der Anerkennung der Klagbarkeit des formlosen Vertrags das Reuerecht des zuerst Leistenden wegfallen muß, ebenso nothwendig bedingt diese Anerkennung den Wegfall des Unterschieds zwischen dare und tradere zum habere licere: das Eigenthum-Verschaffen war wesentlich für den römischen Realcontract, unwesentlich ist es für den sogenannten Consensual-Contrakt, für den Vertrag. Schon oben wurde angedeutet, daß der deutsche Begriff des Vertrags ein anderer sei als der römische des contractus: der contractus ist ein Zustand, der Vertrag eine Handlung, wir reden vom „Abschluß eines Handels“ in demselben Sinn, wie vom „Abschluß eines Vertrags;“ der römische contractus ist die Folge unseres Vertrags, der Uebereinstimmung zweier Willenserklärungen. Es ist freilich eine alte Untugend der Deutschen, statt der guten Worte der eigenen Sprache unverstandene oder halbverstandene Worte einer fremden Sprache zu gebrauchen; und so ist es denn auch schon lange Mode, einen Vertrag „Kontrakt“ zu nennen; das würtembergische Landrecht von 1610 deklinirt sogar wie „die Magd, die Mägde,“ so auch „der Contract, die Conträcte;“ und wir fürchten, daß selbst das Ohr mancher Juristen kaum beleidigt würde, wenn Jemand sagt: er habe einen Contract geschlossen; und doch ist dieß eine sprachliche Barbarei: „einen zusammen bezogenen, zusammen geschlossenen Willen schließen;“ contrahere (sc. obligationem) heißt: einen Vertrag schließen; contractus ist der geschlossene Vertrag, den man also selbstverständlich nicht noch einmal schließen, sondern höchstens bestärken, bekräftigen kann.

Der contractus, der Zustand des auf einander bezogenen Willens zweier Personen kann auf verschiedene Weise entstehen, durch Wort wie durch That, fit re, fit consensu; der Vertrag, die „Vereinigung Mehrerer zu einer übereinstimmenden Willenserklärung“ (Savigny), die „Vereinigung zweier Willenserklärungen“ (Windscheid) ist nur eine Art der Entstehung des contractus, und nicht aus jedem Vertrag

entsteht nach römischem Recht ein contractus. eine rechtsgültige, erzwingbare Verbindlichkeit; nach unserem Recht aber entstehen aus der Vereinigung zweier Willenserklärungen, vorausgesetzt, daß es sich um einen rechtlich anerkannten Willen handelt und die Willenserklärung auf die Rechtsverhältnisse der Uebereinkommenden (zuweilen auch Dritter) gerichtet ist, stets eine oder mehrere erzwingbare Verbindlichkeiten, ein oder mehrere Schuldverhältnisse; der Ausdruck „Consensual-Vertrag" ist eine Tautologie, und Real-Verträge giebt es im heutigen Recht überhaupt nicht mehr. „Nichts kann unrichtiger sein, als diese Behauptung", meint zwar Windscheid (Pandekten §. 312 n. 5), und ebenso wird bei vielen zünftigen Gelehrten die Behauptung schweren Anstoß erregen, daß ein Vertrag nur da vorliege, wo Versprechen und Gegenversprechen vorhanden sind, wo jeder Theil berechtigt und verpflichtet wird; gerathen ja manche jener Juristen schon in Harnisch, wenn Jemand zu bestreiten wagt, daß die Tradition ein Vertrag sei! — Der Vertrag, sagen wir, setzt stets Leistung und Gegenleistung voraus, in seinem Wesen liegt die Gegenseitigkeit, die Entstehung zweier Verbindlichkeiten; dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß der wirthschaftliche Vortheil aus dem Vertrag überwiegend oder sogar ausschließlich auf einer Seite liege. Zur Rechtfertigung dieses Satzes vermögen wir uns allerdings nur auf eine Autorität berufen, die wir aber für eine gewichtige halten: auf den Geist der deutschen Sprache. — Societatem leoninam consentimus nullam esse, sagt Ulpian (l. 29 §. 2 D. XVII, 2); wir reden in Deutschland nicht von einer Löwengesellschaft, sondern von einem Löwenvertrag, und bezeichnen damit denjenigen nichtigen Vertrag, wobei alles Recht auf der einen, alle Last auf der andern Seite ist. Weiter: ich mag gehen, soweit die deutsche Zunge klingt, wenn ich Jemandem sage: „Ich habe mit meinem Nachbarn einen Vertrag geschlossen, er hat mir versprochen, mir sein Pferd zu eigen zu geben", so wird dieser Jemand erwidern: „Und was hast Du ihm dafür versprochen?" und wenn ich ihm entgegne: „Nichts", so wird er mir ins Gesicht lachen; ausgelacht zu werden, und zwar mit Recht ausgelacht zu werden, gilt zwar gewöhnlich nicht für angenehm; doch wollen wir gerne glauben, daß durch jenes Lachen mancher Stubengelehrte nicht gekränkt würde; könnte man doch in Deutschland manchmal auf die Meinung kommen, zur wahren Gelehrsamkeit gehöre auch eine gute Dosis Abgeschmacktheit. — Und nun noch ein Beispiel, welches uns auf die Frage nach den Real-Verträgen des heutigen

Rechts führt: wenn heute ein Freund zu mir kommt und mich um ein Buch zum Gebrauch auf acht Tage angeht und ich es ihm gebe, oder wenn Jemand 100 Thaler von mir verlangt und verspricht, sie in sechs Wochen zurückzugeben und ich ihm die Summe einhändige, so sage ich und so wird jeder Deutschredende sagen: ich habe dem Fremden Geld, dem Freund ein Buch geliehen, nicht aber: ich habe mit ihm einen Vertrag geschlossen. Durch das mutuum, commodatum, depositum, pignus entsteht ein contractus, durch die Leihe, die Hinterlegung, die Hingabe zum Faustpfand entsteht kein Vertrag, sondern eine einseitige Verpflichtung, oder genauer: wenn ich in Folge des Leih- oder Darlehnsvertrags, des Hinterlegungsvertrags, des Pfandvertrags das Vertragsobject dem andern Contrahenten ausfolge, so erfülle ich damit meinerseits den Vertrag (wenigstens den positiven Theil meiner vertragsmäßigen Verpflichtung), und es bleibt nur noch die Verpflichtung des andern Theils bestehen. Dem Begriff des Vertrags thut es keinen Eintrag, wenn die Leistung von einer Seite vorausgehen muß, damit die Verpflichtung des andern Theils existent werde, m. a. W. wenn die Leistung von einer Seite conditio juris für die Verbindlichkeit des andern Theils ist.

Windscheid (a. a. O.) sucht den Begriff des Realvertrags (schon der Versuch, dem Monstrum einen deutschen Namen zu geben, hätte zur Erkenntniß führen müssen, daß man es mit einem Monstrum zu thun habe) für das heutige Recht durch folgende Construction zu retten: „Der Gläubiger leistet unter der Auferlegung einer Verpflichtung, der Schuldner nimmt die Leistung, wie sie ihm gemacht worden ist, und damit die Auflage der Verpflichtung an." Gewiß, ich kann unter einer Auflage etwas geben, und der Empfänger, der das so Gegebene nimmt, übernimmt damit auch die Verpflichtung; allein wenn ich etwas leiste, so muß ich zuvor etwas schuldig sein,[1]) wer ohne passiven Rechtsgrund einem Andern etwas mit der Auflage einer Verpflichtung durch Wort oder That zuwendet, nimmt eine donatio sub modo vor, aber kein römischer Jurist würde hier sagen: re fit contractus. Auch steht diese Construction der Realverträge in vollem

[1]) Man wende nicht ein, daß man von unentgeltlich geleisteten Diensten spricht: wer unentgeltlich Dienste verrichtet, macht sich freiwillig zum Diener und leistet als Diener, was er dem Herrn schuldig ist; wenn wir von treu geleisteten Diensten hören, wissen wir sofort, daß derjenige, welcher die Dienste geleistet hat, vertragsmäßig Dienste zu leisten schuldig war.

Widerspruch mit dem Leben; nach derselben hätten wir uns den Abschluß eines „Darlehensvertrags“ so zu denken: Titius und Mävius sitzen beieinander; Titius hat 100 solidi in der Tasche und weiß, daß Mävius sie brauchen könnte; plötzlich zieht er sie heraus, legt sie, ohne sie loszulassen, in die Hand des Mävius und sagt: ich gebe Dir 100 solidi gegen die Verpflichtung, mir in einem Jahr ebensoviel zurückzugeben; Mävius sagt: „Gut!“ Nun läßt Titius das Geld los, und der „Realvertrag“ ist geschlossen. — Betrachten wir dagegen den Hergang im Leben: ein Gutsbesitzer bedarf zu gewissen Anlagen Geld; er begiebt sich zu einer Hypothekenbank und trägt sein Anliegen vor; man einigt sich dahin, er habe der Bank eine Hypothek einzuräumen, die Bank leihe ihm darauf 10,000 Thaler, zahlbar sofort nach Behändigung des Pfandscheins, verzinslich zu 6 pCt. vom 1. des folgenden Monats an; der Gutsbesitzer erhebt aber das Geld nicht, weil er sich nachträglich entschließt, die Anlage zu unterlassen, unterläßt aber auch, sich mit der Bank zu verständigen; nach Verfluß eines Jahres klagt dieselbe auf Bezahlung eines Jahreszinses mit 600 Thalern; schwerlich wird ein Gericht Anstand nehmen, den Beklagten zu verurtheilen und es wird sein Urtheil damit begründen: der Beklagte habe einen Darlehnsvertrag mit der Bank abgeschlossen, die Bank habe das ihrige gethan, wenn sie das Geld bereit gehalten habe, der Beklagte habe, da er allein die Ursache gewesen sei, daß die Bank das Geld ihm nicht ausgefolgt habe, seine Gegenleistung zu gewähren, gerade so, wie der Miether den Miethszins bezahlen muß, wenn er in die Lage kommt, von der gemietheten Sache keinen Gebrauch machen zu können. Das Capital, über welches der Darlehensvertrag abgeschlossen wurde, ist er natürlich nicht zu zahlen schuldig, denn dieses schuldete er von Anfang an nur unter der conditio juris des Empfangs, d. h. er schuldete es nicht, wenn er es nicht empfing, den Zins aber schuldete er unbedingt, aus seinem Versprechen, 6 pCt. der Darlehenssumme jährlich vom 1. des Monats x an zu bezahlen; der aktive Rechtsgrund dieses Versprechens war das Darlehen, d. h. er hat dieses Versprechen gegeben, um die Bank zur Reichung des Darlehens zu verpflichten, und darum stellt der Gläubiger gegen ihn die Klage aus dem Darlehensvertrag an ganz mit demselben Recht, wie in dem eben angeführten Fall der Vermiether gegen den Miether die Klage aus dem Miethsvertrag erhebt. Kurz: mutuum ist das (gegebene) Darlehen, aus welchem nach römischen Recht eine actio stricti juris, ein streng einseitiger Anspruch

entspringt; der Darlehensvertrag ist das pactum de mutuando. Ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, aus welchem nach römischem Recht kein Anspruch, nach heutigem Recht eine beiderseits klagbare Verbindlichkeit erwächst, für den Darlehnsfucher hinsichtlich der Hauptsumme unter der bemerkten conditio juris. Der wirthschaftliche Nutzen aus dem römischen mutuum ist immer und ausschließlich auf Seiten des Darlehensempfängers; beim Darlehensvertrag kann es ebenso sein, es ist aber auch möglich und ist die Regel, daß beide Theile ihren Nutzen bei dem Geschäft bezwecken.

Der Unterschied zwischen Eigennutz im juristischen und Eigennutz im wirthschaftlichen Sinn tritt womöglich noch stärker, als beim Darlehensvertrag, beim Hinterlegungsvertrag hervor: das depositum regulare ist ein Geschäft, welches kaum je anders als im einseitigen Interesse des Hinterlegenden vorgenommen wird; aus dem Hinterlegungsvertrag wird hier der Depositar nur zufällig und nur dann berechtigt, wenn die Sache bei ihm hinterlegt worden ist; einer Klage darauf: der Eigenthümer der Sache sei schuldig, dieselbe beim Kläger zu hinterlegen, würde der Eigenthümer erfolgreich die Einrede des mangelnden rechtlichen Interesses entgegenstellen; beim depositum irregulare verhält sich die Sache wesentlich anders; hier ist sehr wohl eine Klage auf Hinterlegung möglich, man denke nur an die Depotsgeschäfte der Bankiers.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich von selbst, was für das heutige Recht von den sogenannten pacta de contrahendo zu halten sei; ein pactum de contrahendo ist wörtlich ein Vertrag, wodurch zwei Personen sich verpflichten — sich künftig zu verpflichten, was offenbar keinen Sinn hat; ein pactum de emendo z. B. des Inhalts: A verpflichtet sich im Laufe der nächsten zwei Jahre von B 100 Ctr. Baumwolle zum Preis von x Thlrn. pr. Ctr. zu kaufen, ist ein sofort perfecter Kaufvertrag mit hinausgeschobener Lieferungszeit; würde aber das pactum de emendo nur lauten: „A verpflichtet sich, im Laufe der nächsten Jahre dem B 100 Ctr. Baumwolle abzukaufen," so mag man dies immerhin einen Vorvertrag nennen, ein Vertrag ist es nicht, weil es in Ermangelung eines Kaufpreises ein nichtiger Vertrag ist. — Wie aber, wenn A dem B erklärt: ich verpflichte mich, Dir innerhalb der nächsten 2 Jahre mein Haus um 10,000 Thaler zu verkaufen, wenn Du hierzu Lust bekommst? Entsteht hier keine gültige Verbindlichkeit? Antwort: allerdings, sofern nicht etwa eine solche

Form zur Umgehung eines Gesetzes gewählt wird, welches für d Kauf besondere Formen vorschreibt; allein die Verpflichtung ist hi nicht mehr eine Verpflichtung aus einem **Vertrag** (also auch nicht a einem Vorvertrag), sondern eine Verpflichtung aus einem einseitig **Versprechen**; dies ergiebt sich auch aus l. 20 pr. D. XIX, 5: hat Jemand Pferde gekauft unter der „Bedingung", daß sie ihm b einer innerhalb 3 Tagen anzustellenden Probe gefallen; nach Abla der drei Tage erklärt er, daß er sie nicht wolle; er hat sie aber in d Zwischenzeit zu Schanden geritten: der Jurist spricht dem Eigenthüm die Vertragsklage, die actio venditi. ab und läßt nur eine actio i factum. a. praescriptis verbis zu.

Unsere Untersuchung über die Bedeutung des **Worts** hat ang knüpt an die Behauptung: der Unterschied zwischen commodatum u precarium sei im heutigen Recht ein viel stärkerer, als er im röm schen Recht war. Nach dem Ausgeführten wird diese Behauptung kla sein: im heutigen Recht giebt es einen dem Darlehnsvertrag entsprechen den klagbaren **Leihvertrag**, während nach römischem Recht ein con tractus, eine wesentlich einseitige Verbindlichkeit erst durch die **Leihe** das Weggeben der Sache begründet wurde; die Aehnlichkeit zwische commodatum und precarium wurde oben hervorgehoben; dieser Aehn lichkeit wegen aber auch einen dem Leihvertrag entsprechenden Bittvertrag zu construiren, kann nur Demjenigen in den Sinn kommen, welchem das Verständniß für den Unterschied zwischen Wort und That abhanden gekommen ist. Aus dem Leihvertrag kann nach heutigem Recht Derjenige, welcher seine Sache herzuleihen versprochen hat, mit Erfolg belangt werden, so selten dieser Fall auch vorkommen wird in Folge der schon im Eingang unserer Erörterung hervorgehobenen Eigenschaft der Leihe, vielmehr eine Gefälligkeit, als ein Rechtsgeschäft zu sein.

Eine Klage des Prekaristen aus dem sogenannten Bittvertrag auf Einräumung des Bittbesitzes ist geradezu undenkbar; einem Kinde sagen wir etwa: „wenn Du schön bittest, bekommst Du einen Apfel," einen Bittvertrag wird aber dies Niemand nennen, und aus der Eröffnung: „wenn Du einmal mein Pferd reiten willst, sage es mir, ich will mich dann besinnen, ob ich es Dir gebe," wird ein vernünftiger Mensch keinen „Anspruch auf bittweise Ueberlassung" des Pferdes ableiten. Ein **rein thatsächlicher** Zustand ist das precarium nur insofern nicht, als Demjenigen, welcher eine Sache bittweise einem Andern überlassen hat, ein besonderes Rechtsmittel auf Wiedererlangung des Besitzes zu-

recht. Die Römer konnten immerhin mit einigem Fug das precarium einen contractus nennen, sofern auch hier re, durch die That der Uebergabe, abgesehen von jeder Willenserklärung eine Verpflichtung des Empfängers zur Rückgabe begründet wurde.

7. Actus legitimi des römischen und des heutigen Rechts.

Aus dem Hinterlegungs-, Faustpfand-, Leih- oder Darlehnsvertrag wird der eine Contrahent nur verpflichtet, wenn er das Object des Vertrages erhalten hat; dies ist, wie schon bemerkt wurde, eine conditio juris. „ein Umstand, von welchem es sich von selbst versteht, daß er zum Dasein der gewollten rechtlichen Wirkung erforderlich ist" (Windscheid, Pand. §. 87), daher keine wahre Bedingung; neben dieser conditio, quae tacite inest, können bei den genannten Verträgen alle möglichen wirklichen Bedingungen vorkommen. Anders bei den römischen Realcontracten: ein bedingtes Commodat, Depositum, Faustpfand und ein (ächt) bedingtes Darlehen sind hier unmöglich, eben weil nach römischem Recht das Versprechen, die Zusage: die Sache oder das Geld leih- oder pfandweise herzugeben, ohne rechtliche Wirkung war, der contractus nur re, durch die That zu Stande kommt, die That aber, das Gegenwärtige, Aktuelle eine Bedingung schlechterdings nicht verträgt; denn die ächte Bedingung macht „das Dasein eines Rechtsverhältnisses von einem künftigen, ungewissen Ereigniß auf willkürliche Weise abhängig" (Savigny, System §. 116); bedingt kann nur das Wort sein, das Versprechen, künftig etwas zu thun oder zu lassen, können wir für den Fall geben, daß künftig etwas geschehe oder unterbleibe, eine bedingte That ist ein Unding. — Savigny (Beruf unserer Zeit ꝛc. S. 22 und 29) sagt treffend: „Jeder Theil unseres Rechts hat (solche) Stücke, wodurch die übrigen gegeben sind: wir können sie die leitenden Grundsätze nennen. Diese herauszufühlen und von ihnen ausgehend den inneren Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen, gehört eben zu den schwersten Aufgaben unserer Wissenschaft, ja es ist eigentlich dasjenige, was unserer Arbeit den wissenschaftlichen Charakter giebt. .... Der Besitz dieser leitenden Grundsätze ist es, der die Größe der römischen Juristen begründet." Der Unterschied aber zwischen den römischen Juristen und vielen modernen Juristen besteht darin: die römischen Juristen besitzen die leitenden Grundsätze, ohne viel davon zu reden, die modernen

Juristen reden viel davon, ohne sie zu besitzen. So war auch der Unterschied zwischen Wort und That den römischen Juristen vollkommen gegenwärtig, und ohne viel Worte darüber zu verlieren, zogen sie die Consequenzen aus demselben mit einer Schärfe, welche von Neueren zuweilen sehr mit Unrecht als Subtilität bezeichnet wird. So liegt die einfache Wahrheit, daß nur das Wort, nicht auch die That bedingt sein könne, einem vielbesprochenen und viel mißverstandenen Ausspruch Papinians zu Grunde, der l. 77 D. de R. S. L. 17, welche von den actus legitimi handelt, von denen der Jurist sagt, daß sie weder Bedingung noch Befristung vertragen, obwohl sie zuweilen „tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt." wofür als Beispiel die acceptilatio angeführt wird. Welche Bewandtniß hat es mit diesen actus legitimi? Die Erklärung scheint uns sehr einfach: es sind Rechtsgeschäfte (Handlungen mit Rechtswirkung, legitimi), welche nicht in einfacher Willenserklärung, nicht in bloßen Worten bestehen, sondern zu deren Wesen eine That, ein actus gehört. Damit erklärt sich vollständig, was der Jurist über die acceptilatio sagt; denken wir uns einen Kaufmann, welcher eine Forderung in seinem Buch eingetragen hat; der Schuldner kommt zu ihm und sie verständigen sich auf irgend eine Weise über die Tilgung der Forderung; nun sagt der Schuldner: „sei so gut und streiche nun auch meine Schuld aus Deinem Buch, fer acceptum." Wie soll der Kaufmann die ihm angesonnene Handlung bedingt vornehmen? Den Mann wären wir begierig zu sehen, welcher das Kunststück fertigbrächte, einen bedingten Strich durch eine Rechnung zu machen! War aber die Schuld eine bedingte und Gläubiger und Schuldner kommen vor Eintritt der Bedingung über deren Tilgung überein, der Gläubiger versteht sich z. B. zum Erlaß derselben und streicht sie in seinem Buch, so ist der Ausspruch des Juristen wiederum vollkommen wahr: „ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio extiterit": denn wird die Bedingung hinterher vereitelt, so steht nunmehr fest, daß der durch das Buch gemachte Strich keinerlei rechtliche Bedeutung hat und gehabt hat, die Schuld würde ohne den dadurch gemachten Strich gerade so wenig bestehen.

Im Jugendalter eines Volks und seines Rechtslebens spielt die greifbare That eine viel größere Rolle als das unsichtbare Wort; dem formlosen Wort kommt so gut wie keine rechtliche Bedeutung zu, solche genießt nur die That in Verbindung mit feierlicher Rede; je mehr der

abstrakte Verstand zur Geltung kommt, um so mehr tritt die ausschließliche Bedeutung der That zurück, die symbolische Handlung erscheint dem nüchternen jüngeren Geschlecht als leere Form, die feierliche Rede fristet vielleicht etwas länger ihr Dasein, bis endlich der kahle Verstand die große Entdeckung macht, es sei doch ein Wort wie das andere, und es bedürfe zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts nicht der Spielerei der sorgfältig gewählten Worte; und staunend sehen wir, „wie wir's dann zuletzt so herrlich weit gebracht"; o ja, nicht blos „bis an die Sterne weit", zuweilen sogar bis hinaus über die Grenzen des menschlichen Verstandes! — Das Ideal mancher Weisen, die Sprache auf einen Haufen reiner Begriffe zu reduciren, läßt sich glücklicherweise nicht so leicht verwirklichen; auch die Rechtssprache bewahrt noch lange unter der Herrschaft des abstrakten Begriffs die Erinnerung an die frühere lebendige Wirklichkeit; noch heute bestellen wir einen Vormund, treten wir die Erbschaft an, schließen wir Verträge, ohne freilich an die Bedeutung unserer Worte zu denken; der Vormund wird auf einer Kanzlei bestellt, auch wenn er zu Hause in seinem Zimmer sitzt, die Erbschaft treten wir an, ohne einen Fuß zu rühren, Verträge schließen wir, ohne Hand in Hand zu fügen als Sinnbild des aneinander gefügten Willens: so werden uns die actus legitimi, die rechtlich bedeutsamen Thaten allmählig zu bloßen Worten, und viel Sinn ist nicht mehr dabei, wenn heute gelehrt wird: die Erklärung, „ich nehme die mir angebotene Erbschaft an (immer noch eine in der Sprache der Weisen verpönte Redewendung!), wenn mein Miterbe gleichfalls die Annahme erklärt", sei ein nichtiger Erbschaftsantritt. — In wiefern zur Zeit Papinians und Justinians die in der angef. l. 77 genannten Beispiele von actus legitimi diese ihre Eigenschaft, nicht blos Willenserklärungen, sondern Willensbethätigungen zu sein, eingebüßt hatten, ist für uns hier gleichgültig; unsere Gerichte werden wohl noch darauf bestehen, daß der Erbschaftsantritt, oder wie Windscheid, Pand. §. 95 charakteristisch sagt: „die Erbschaftsantretung" unbedingt erklärt werden müsse; das kommende bürgerliche Gesetzbuch, hoffen wir, wird mit solchen Antiquitäten aufräumen und Bedingungen überall da zulassen, wo es durch bloße Willenserklärung Rechtsgeschäfte zu Stande kommen läßt. Andererseits müssen wir uns mit aller Entschiedenheit gegen die Behauptung Windscheids (a. a. O. n. 2) erklären: „Der Begriff der actus legitimi bleibt dunkel, so daß jede Ausdehnung der Vorschrift der l. 77 auf Grund desselben

unzuläſſig erſcheint.“ Deutlich genug bezeichnet Papinian die angeführten Rechtsgeſchäfte als Beiſpiele für eine allgemein geltende Regel, und die Regel iſt heute noch ſo richtig, wie zu Papinians Zeit, wenn auch die ihr unterliegenden Fälle heute andere ſind als damals. Weitaus das wichtigſte Rechtsgeſchäft aber, auf welche die Regel Anwendung findet und ſchon zu Papinians Zeit Anwendung fand, iſt die Tradition in ihrer Eigenſchaft als Eigenthum-übertragendes Geſchäft; wenn der Juriſt ſie nicht aufführt, ſo hat dies ſeinen guten Grund darin, daß für ihn, der lateiniſch redete, die traditio zwar immer ein actus, aber nicht immer ein actus legitimus war, gerade wie wir bei den Worten: „Uebergabe, übergeben“ keineswegs immer an ein Hingeben zu Eigenthum denken. Unſere Rechtswiſſenſchaft gebraucht aber das Wort ſtets im prägnanten Sinn, und wenn es in dieſem Sinne gebraucht wird, dann leidet auf die Tradition der Satz der l. 77 volle Anwendung: non recipit diem vel conditionem: ich kann wohl verſprechen, die mir gehörige Sache unter einer Bedingung, für einen ungewiſſen künftigen Fall einem Andern zu geben, damit er ſie als eigen habe, aber unmöglich iſt es, die Sache wirklich dem Andern zu eigen zu geben unter einer Bedingung, gerade ſo unmöglich, wie es iſt, einen bedingten Strich zu machen; und wenn von „bedingten Traditionen“ geſprochen wird (W. Sell hat ein eigenes Buch darüber geſchrieben!), ſo hat dies einen Sinn nur dann, wenn man das Wort Tradition nicht im prägnanten Sinn gebraucht; denn dies iſt allerdings möglich: ich kann meine Sache einem Andern einhändigen mit der Erklärung: „wenn dieſes oder jenes Ereigniß eintritt, ſo ſollſt Du die Sache als eigen haben,“ und wenn das Ereigniß eintritt, ſo wird der Empfänger Eigenthümer, allein der Eigenthumsübergang vollzieht ſich hier nicht durch den actus legitimus der traditio im prägnanten Sinn, ſondern durch die ſog. traditio brevi manu, welche zwar ein Rechtsgeſchäft, legitima, aber kein actus iſt, ſondern auf bloßer Willenserklärung und Willensänderung beruht; die körperliche Uebergabe der Sache bewirkt hier keinen Eigenthumsübergang, ſondern einen rechtloſen Beſitz, ein precarium des Empfängers. Die Verkennung dieſer einfachen Wahrheiten, dieſer „leitenden Grundſätze“ hat zu der Entſtehung der juriſtiſchen Mißgeburt des pactum reservati dominii geführt, worüber zu vgl. meinen Aufſatz im württemb. Archiv Bd. 15, S. 209 fg. — Wie das non recipit conditionem, ſo gilt aber von der Tradition auch das Andere: nonnunquam tacite re-

cipiunt, quae aperte comprehensa vitium afferunt. Einen Fall, wo die Tradition tacite recipit conditionem, d. h. einen Fall der Tradition im prägnanten Sinn unter einer conditio juris behandelt l. 15 D. XXXIV, 5: der Erbe tradirt eine zur Erbschaft gehörige Sache, welche der Erblasser einem Dritten legirt hat (wir haben dabei an das legatum per vindicationem zu denken), noch ehe der Dritte sich über die Annahme des Legats erklärt hat; der Jurist entscheidet: erklärt der Legatar die Annahme, so ist die Tradition nichtig, denn dann ist gewiß, daß der Erbe nie Eigenthümer der Sache war; schlägt er das Legat aus, so gilt die Tradition, denn nun ist gewiß, daß die Sache dem Erben schon zur Zeit der Uebergabe gehört hat. Würde aber der Erbe die Sache dem Andern behändigen mit der Erklärung: „ich gebe Dir die Sache zu eigen für den Fall, daß der Legatar das Vermächtniß ausschlägt," so wäre die Behändigung wiederum keine Tradition im prägnanten Sinn, sondern eine bloße Uebergabe des natürlichen Besitzes, verbunden mit dem bedingten, traditio brevi manu genannten Rechtsgeschäft. – Eine weitere Anwendung fand die Regel der l. 77 auf das mutuum des römischen Rechts; eine ächte Bedingung konnte dabei so wenig wie bei den drei andern Realcontrakten vorkommen, dagegen unterschied es sich von diesen dadurch, daß ihm eine uneigentliche Bedingung stets innewohnt: der contractus ex mutuo kommt nur zu Stande, wenn der Darlehensreicher Eigenthümer des Geldes ist: es folgt dies aus der oben hervorgehobenen Verwandtschaft des mutuum mit den Innominat-Contracten do ut des etc. Gegen die Strenge des Rechts gewährten schon die Römer die Contractsklage, wenn der Empfänger des Geldes durch Consumtion Eigenthümer geworden war; für das heutige Recht hat der Satz überhaupt keinen Sinn mehr; würde heute dem Empfänger das noch nicht consumirte Geld entwehrt, so stünde ihm eine Klage aus dem Darlehnsvertrag auf Schadensersatz gerade so zu, wie dem Käufer von vertretbaren Sachen, wenn diese ihm evincirt werden. —

8. Actus legitimi.

Fortsetzung:

Die gerichtliche Auflassung nach deutschem und preußischem Recht.

Ein Beispiel endlich eines modernen actus legitimus giebt an die Hand §. 1 des preußischen Gesetzes über den Eigenthums-Erwerb von Grundstücken u. s. w. vom 5. Mai 1872:

„Im Fall einer freiwilligen Veräußerung wird das Eigenthum an einem Grundstück nur durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthums-Ueberganges im Grundbuch erworben."

Nur freilich entsteht eine Schwierigkeit bei der Frage: was ist hier der actus legitimus? die Auflassung oder der Eintrag im Grundbuch? Es ist dies derselbe Punkt, über welchen sich Bähr („die preuß. Gesetzesentwürfe über die Rechte am Grundvermögen, Jena 1870", S. 47) tadelnd ausgelassen hat. — Soviel ist unzweifelhaft: sowohl die Auflassung als die Eintragung ist ein actus legitimus, qui non recipit conditionem; die Eintragung ist es nach der Natur der Sache, weil sie eine That ist, weil der Grundbuchrichter den Eintrag nicht „bedingt schreiben" kann; die Auflassung hat an und für sich den Charakter eines Vertrags;

(§ 2 des angef. Gesetzes: „die Auflassung erfolgt durch die mündlich und gleichzeitig vor dem zuständigen Grundbuchamt abzugebenden Erklärungen des eingetragenen Eigenthümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewillige, und des Letztern, daß er diese Eintragung beantrage");

aber wenn es auch nicht mit ausdrücklichen Worten gesagt ist, so geht doch aus der Fassung des Gesetzes hervor, daß diese moderne Auflassung so wenig bedingt soll vorgenommen werden können, als dies bei der von symbolischen Akten begleiteten Auflassung des ältern deutschen Rechtes nach der Natur der Sache möglich war. — Der Unterschied in den rechtlichen Folgen, je nachdem der Eintrag in das Grundbuch oder aber die Auflassung als der Eigenthum übertragende actus legitimus angesehen wird, bedarf wohl kaum der Hervorhebung; ist der Eintrag der rechterzeugende Akt, so geht damit das Eigenthum über ohne alle Rücksicht auf die Gültigkeit der Auflassung, es wäre denn (was kaum denkbar ist), daß der Akt des Eintrags als solcher nichtig ist, daß etwa ein wahnsinnig gewordener Grundbuchrichter solche Einträge machen würde; ist dagegen die Auflassung der entscheidende Akt und hat der Eintrag im Grundbuch nur die Bedeutung einer Beurkundung, so lassen sich hier wie bei jedem Vertrag die verschiedensten Fälle von Nichtigkeit und von Anfechtbarkeit denken; Nichtigkeit z. B. läge vor, wenn der Auflassende sich fälschlich für den Eigenthümer aus

giebt, oder wenn er zwar Eigenthümer, aber als Verschwender entmündigt ist; Anfechtbarkeit, wenn er als handlungsfähiger Minderjähriger ohne Genehmigung seines Vormundes handelt.

Der Unterschied zwischen der Auflassung des preußischen Gesetzes und der Auflassung des ältern deutschen Rechtes läßt sich in die Worte zusammenfassen: nach letzterem ist die Auflassung selbst, nach ersterem der — an dieselbe sich anschließende — Eintrag in's Grundbuch die rechtwirkende That. Gewiß, die Oeffentlichkeit, wenn auch nicht die gerichtliche Mitwirkung, war auch bei der germanischen Auflassung etwas Wesentliches, aber daran dachte kein Deutscher zur Zeit des Sachsenspiegels, daß durch eine nichtige Auflassung, wenn sie nur öffentlich, oder unter Mitwirkung des Gerichts geschehe, Grundeigenthum wirklich übertragen, d. h. daß durch die Mitwirkung des Richters jede Nichtigkeit geheilt werde; denn davon, „Eigenthum und andere dingliche Rechte ganz vom Papier, von den Einträgen in die Gerichtsbücher abhängig zu machen, ein Schritt, der freilich in einer Zeit nicht sehr überraschen darf, die so gar gerne Alles zu Papier bringt und vom Papier abhängig macht“ (Wächter, Erörterungen I, S. 243), davon, sagen wir, waren unsere Vorfahren sehr weit entfernt. In vollem Umfang aber geschieht dies durch das preußische Gesetz: wir sagen: in vollem Umfang; denn der Vorwurf der Halbheit, welchen Wächter a. a. O. (S. 244, 245) der würtembergischen Gesetzgebung mit allem Recht macht, trifft das preußische Gesetz nicht, nicht einmal der Tadel Bährs, daß es zufolge der Bestimmung des § 9 des Gesetzes (Absatz 1: „die Eintragung des Eigenthumsüberganges und deren Folgen können nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts angefochten werden“) ein doppeltes Eigenthum an einem Grundstück geben könne, ist als begründet anzuerkennen, wenigstens trifft er höchstens dem Namen, nicht aber der Sache nach zu; denn wenn auch richtig sein mag, was Achilles in seinem Commentar zu dem Gesetz bemerkt: daß das Rechtsmittel, wodurch die Eintragung angefochten werde, in gewissen Fällen die Natur der rei vindicatio, Eigenthumsklage, habe, so schließt doch der zweite Absatz des § 9 („Es bleiben jedoch die in der Zwischenzeit von dritten Personen gegen Entgeld und im redlichen Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs erworbenen Rechte in Kraft“) grade die wichtigste Wirkung jener Klage, ihre unbeschränkte (der gute Deutsche wird sagen: absolute) Wirksamkeit gegen jeden Nichteigenthümer (incl.

des dinglich Berechtigten) aus; m. a. W.: selbst wenn die Auflassu
(„absolut") nichtig ist, erklärt das Gesetz den durch die Eintragung b
wirkten Eigenthumsübergang nicht für nichtig (welchen Falls auch d
redliche Rechtsnachfolger des auf Grund der nichtigen Auflassu
Eingetragenen keinen Schutz gegen die Vindikation des Eigenthüme
finden könnte), sondern blos für anfechtbar („relativ ungültig") gege
über dem ersten Eingetragenen und denjenigen seiner Rechtsnachfolg
welche dies entweder unentgeltlich (durch Schenkung, Erbgang od
Vermächtniß) oder in bösem Glauben, d. h. in Kenntniß des in d
Person ihres Vormanns vorhandenen Mangels im Recht geword
sind; die rei vindicatio ist also in Wirklichkeit noch weniger als ei
actio Publiciana, da der Kläger mit dieser auch gegen den titu
lucrativo besitzenden redlichen Erwerber nicht durchdringt. — V
dieser Seite aus läßt sich also gegen das preußische Gesetz und geg
seine Erhebung zum Reichsgesetz, d. h. seine Einverleibung in das
schaffende bürgerliche Gesetzbuch gewiß nichts einwenden; bedenklich m
es Manchem erscheinen, daß nach demselben der Schutz des Grun
eigenthums in letzter Linie auf der Zuverlässigkeit der Grundbu
führer beruht; allein wenn man einmal die „Publicität des Eige
thums" im Interesse des Verkehrs einführen will, so wird man di
Gefahr mit in den Kauf nehmen müssen; auch wird durch d
Sicherungsmaßregeln, welche das angeführte Gesetz (§ 2) und der dri
Abschnitt der Grundbuch-Ordnung vorschreibt, die Gefahr auf ein se
kleines Maß zurückgeführt. Jedenfalls verdient diese Gesetzgebung we
aus den Vorzug vor dem dermaligen Rechtszustand in Würtember
nach welchem das System des Erwerbs durch den privaten Akt d
Tradition mit demjenigen des Erwerbs auf Grund der öffentlich
Bücher gänzlich principlos verquickt ist, und welcher sich ungefähr
darstellt: § 1. Wenn Jemand durch Tradition Eigenthümer geword
ist, so ist er gegen jeden Anspruch Dritter gesichert. § 2. Wenn ab
Jemand auf Grund der öffentlichen Bücher Eigenthum oder ein din
liches Recht erworben oder zu erwerben geglaubt hat, so ist er au
gegen den wahren Eigenthümer gesichert. § 3. Aber wenn der wah
Eigenthümer gegenüber den unrichtigen Einträgen in den öffentliche
Büchern sein Recht in irgend einer Weise gewahrt hat, so ist er wi
der gegenüber von demjenigen gänzlich gesichert, welcher auf Grun
der öffentlichen Bücher dingliche Rechte erworben hat u. s. w.

Von der Rückkehr zu dem reinen Traditions-System des römischen Rechts kann selbstverständlich für das deutsche bürgerliche Gesetzbuch keine Rede sein; vielmehr ist zu wünschen, daß dasselbe strenge den Grundsatz durchführe: keinem Recht an Grundstücken kommt der unbeschränkt gegen Alle wirkende dingliche Charakter zu, wenn es nicht im Grundbuch eingetragen ist; welche Rechte überhaupt zum Eintrag zuzulassen seien, ist Sache abgesonderter Erwägung; die Zulassung der Grunddienstbarkeiten, wie andererseits aus volkswirthschaftlichen Gründen der Ausschluß vertragsmäßiger Vorkaufsrechte versteht sich wohl von selbst; Miethe und Pacht nicht zuzulassen und ihnen doch dinglichen Charakter beizulegen, können wir für nichts als eine Inconsequenz halten, der dafür geltend gemachte Grund: die Existenz dieser Rechte könne einem Dritten, der das Grundstück erwerben oder Geld darauf leihen wolle, bei einiger Aufmerksamkeit nicht verborgen bleiben, ist doch, zumal gegenüber dem Hypothekargläubiger, gar zu dürftig! Daß die preußischen Vertheidiger des dinglichen Charakters des Miethsrechts so wenig wie die gemeinrechtlichen Verfechter der persönlichen Natur desselben ihren Standpunkt aufgeben werden, ist bei der bekannten Ueberzeugungstreue deutscher Juristen mit Sicherheit zu erwarten; der oben angedeutete Compromiß, den Eintrag im Grundbuch entscheiden zu lassen, wäre das einfachste Mittel zur Versöhnung. Denn darüber sollte kein Streit sein: mit dem Princip der Oeffentlichkeit der Rechte am Grundeigenthum ist die Entstehung solcher dinglicher Rechte durch bloßen Vertrag unvereinbar.

9. Der „dingliche Vertrag" und der „Schenkungsvertrag".

Durch bloßen Vertrag; wir können von unserem Standpunkt aus kurz sagen: durch Vertrag; nicht so diejenigen, welche in Folge der oben gerügten Verwirrung der Begriffe Wort und That auch die Tradition einen Vertrag nennen, was freilich zu allerhand nicht eben eleganten Ergebnissen führt; so gelangt Wächter (würtemb. Privatrecht II. §. 84 n. 2) infolge jenes verkehrten Vertragsbegriffs zu dem Satz: „meist ist die Tradition Folge eines andern Vertrags, eine Vollziehung desselben" (wir haben oben bemerkt, daß die Römer hier ganz richtig von der Lösung des Vertragsverhältnisses sprechen) „und dann setzt man sie dem „bloßen Vertrag" entgegen"; in der That ein eigenthümlicher Gegensatz: „Vertrag" und „bloßer Vertrag"; besser

kann wohl unsere Behauptung nicht gerechtfertigt werden, daß die Tradition mehr als ein Vertrag sei. — Savigny, von welchem namentlich der „allgemeine Vertragsbegriff" in die Juristensprache eingeführt worden ist, und welcher auch den Geist der deutschen Sprache nicht zu beleidigen glaubt, wenn er (System Bd. III, S. 313) lehrt: wer einem Bettler ein Almosen in die Hand drücke, schließe mit demselben einen Vertrag, den sog. Schenkungsvertrag, — Savigny sagen wir, wird bei dem Versuch, den Widerspruch zweier bekannten Stellen über den Eigenthumsübergang bei einem Irrthum über die causa zu beseitigen (Syst. § 161, Bd. IV, S. 158 fg.), zu der Aufstellung gedrängt: wenn der Geber Schenkung, der Empfänger ein Darlehen im Auge habe, so gehe zwar Eigenthum über (nämlich durch den Traditions-Vertrag), aber es liege kein „bindendes Rechtsgeschäft" vor; ein gültiger Vertrag und doch kein bindendes Rechtsgeschäft?? — Windscheid drückt sich über den „bloßen" Vertrag etwas vorsichtiger, darum nicht glücklicher aus als Wächter, indem er (Pand. § 212) sagt: „Die Dienstbarkeit wird durch den Vertrag als solchen erzeugt, derselbe bedarf nicht wie der Eigenthums-Uebertragungsvertrag (schönes Wort!) der Vollendung durch Besitzeinräumung"; also wird ein fertiges Rechtsverhältniß durch einen unvollendeten, unfertigen Vertrag begründet? — Derselbe Schriftsteller polemisirt (a. a. O. §. 365, insbes. n. 5 u. 18) heftig gegen diejenigen, welche die Schenkung nicht für einen Vertrag halten; gegen Savigny macht er in dieser Richtung namentlich die eine der oben erwähnten Stellen geltend, l. 18 pr. D. de rebus creditis XII, 1: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit donationem non esse. Savigny's Erklärung dieser Stelle hält W. mit Recht für ungenügend; allein wie er selbst die Richtigkeit der Schenkung und die Gültigkeit des „Eigenthums-Uebertragungsvertrags" vereinigen will, erfahren wir nicht. Wir wollen versuchen, von den oben über das Wesen des Rechtsgrundes und die Begriffe „Vertrag" und „Versprechen" aufgestellten Sätzen ausgehend die Stelle zu erklären. — Julian hat allerdings kein Schenkungsversprechen, sondern eine Schenkung (durch Geben) im Auge; allein unrichtig möchte es doch sein, seinen Ausspruch: es liege keine Schenkung vor und der Geber könne eine condictio anstellen, lediglich darauf zurückzuführen, daß der Empfänger nicht gewußt habe, das Geld solle ihm geschenkt sein. Hiervon geht Savigny aus und

nimmt weiter an: wenn der Geber zuerst entdecke, daß der Empfänger das Geschenk für ein Darlehen ansehe, so sei er zur Rückforderung berechtigt; wenn aber der Empfänger zuerst dahinterkomme, daß das Geld ihm habe geschenkt werden wollen, so sei das Rückforderungsrecht des Gebers ausgeschlossen, denn nun liege ja quoad donationem Willenseinigung vor. Offen gestanden: diese Erklärung erscheint uns eines Juristen unwürdig. In Freytags Lustspiel „die Journalisten" giebt der Oberst aus Freude darüber, einen Menschen der corrumpirenden Thätigkeit bei der Presse entziehen zu können, dem Redaktionsgehülfen Schmock ein Kassenbillet von 25 Thalern Courant; die Gabe soll ein Geschenk sein, das wissen wir sogleich; Schmock meint, es sei nur ein Darlehen und will einen Wechsel oder Schuldschein ausstellen; wenn nun der Dichter den Oberst „bei Seite" sagen ließe: „aha, der Mann hat noch nicht gemerkt, daß ich ihm das Geld schenken will; meine Freigebigkeit reut mich", und laut: „Ich begnüge mich mit einem Schuldschein und verlange keine Zinsen", so würden wir unwillkürlich rufen: „das denkt ja wie ein Seifensieder!" — Wir müssen uns also nach einer anderen Erklärung umsehen; knüpfen wir sie an das benützte Beispiel an: der Oberst giebt dem Schmock das Kassenbillet, ohne mehr zu sagen als: „Sie brauchen Geld, um sich eine andere Existenz zu gründen; hier haben Sie 25 Thaler"; es ist eine Schenkung im engeren Sinn, ein Handeln ohne aktiven und ohne passiven Rechtsgrund; wenn Schmock das Geld genommen hat, sei es auch in der Meinung, ein Darlehen zu erhalten, so ist er Eigenthümer desselben geworden, und mit welchem Recht der Oberst es zurückfordern könnte, ist uns unerfindlich; weil er es ohne Rechtsgrund habe? allerdings, aber die eigene Absicht des Oberst war es ja, daß er es so habe: wenn er es zurückfordert, so beutet er einfach den Irrthum des Empfängers aus. — Nun denken wir uns die Sache etwas anders: der Oberst sagt zu Schmock: „Kommen Sie morgen wieder, ich werde 100 Thaler für Sie parat halten!" Er will ein Geschenk versprechen, Schmock nimmt das Versprechen als Zusage eines Darlehens; wenn er am anderen Tage kommt, um das Geld in Empfang zu nehmen, und der Oberst es ihm giebt, so handelt er (oder glaubt doch zu handeln) nicht mehr ohne passiven Rechtsgrund, er schenkt nicht, glaubt wenigstens nicht zu schenken, sondern will sein Wort halten, seiner Verpflichtung aus dem Schenkungsversprechen genügen; und damit glauben wir eine für das römische wie für das heutige Recht anwend-

bare Erklärung der l. 18 cit. gefunden zu haben; es muß in der
ben unterstellt werden, daß dem pecuniam dare ein Versprech
vorausgegangen sei; diese Unterstellung darf sicherlich nicht willkürl
genannt werden, entspricht vielmehr durchaus den Verhältnissen
Lebens; in zehn Fällen wird neunmal, zumal wenn es sich um größ
Summen handelt, dem Geben ein Versprechen vorausgehen, u
namentlich läßt sich der in l. 18 behandelte Irrthum (nach dem ob
über das Darlehen und den Darlehensvertrag Gesagten) nicht w
anders denken, als daß der Empfänger des Geldes den Geber um
Darlehen angeht und dieser verspricht, ihm das Geld zu geben. D
ken wir uns nun dieses Versprechen in die Form der stipulatio
bracht; in der Meinung des promissor ist die causa derselben,
Grund, seine Absicht zu schenken; in der Meinung des stipulator
die causa. der Rechtsgrund derselben, die Absicht des promiss
durch die zugesagte Hingabe des Geldes den Empfänger des V
sprechens, beziehungsweise des Geldes sich zur Rückzahlung zu v
pflichten. Erfolgt die Hingabe des Geldes, so glaubt der promis
mit passivem Rechtsgrund zu handeln, d. i. sein Versprechen zu
füllen, zu zahlen, der stipulator aber setzt bei demselben noch we
einen aktiven Rechtsgrund, d. h. die Absicht voraus, ihn, den sti
lator. sich zu verpflichten (eine solche Verbindung von aktivem u
passivem Rechtsgrund ist den römischen Juristen nicht fremd; l.
D. XLVI, 3), und zwar erscheint ihm die Erfüllung der stipula
lediglich als Mittel zum Zweck der Begründung des contractus mut
Die Stipulation war allerdings klagbar ohne Rücksicht auf die ihr
Grunde liegende causa, sie war klagbar in ihrer Eigenschaft als fö
liches, formelles Versprechen; diese Kraft konnte derselben aber e
zogen werden durch den Nachweis des Promissor, daß es der Sti
lation an einer materiellen Grundlage gebreche; in unserem Fall
dieser Nachweis dadurch zu führen, daß der promissor darthat,
das Versprechen in demjenigen Sinn, in welchem er es gegeben, n
angenommen —, und in demjenigen Sinn, in welchem der Empfän
es angenommen, nicht gegeben worden sei. War aber die Sti
lation in dieser Weise anfechtbar, so verstand es sich von selbst,
auch die Erfüllung — nicht nichtig, sonst könnte sie nicht den Eig
thumsübergang bewirken, wohl aber — anfechtbar war, daß der Geber
das Hingegebene zurückfordern (condicere) durfte, mit einer sehr
wichtigen, aber ganz entschieden in der Billigkeit begründeten Ein-

ınkung: soweit dasselbe noch in Natur vorhanden war, denn da Verbrauch, die consumtio, immerhin nach seinem Sinn war, hätte ein Anspruch auf Ersatz (im Gegensatz zu Rückgabe) gegen bona fides verstoßen und darum eine axceptio doli begründet; durchaus willkürlichen Erklärung, welche Savigny von consumere verschwenden) gibt, bedarf es für uns nicht. — Wir haben oben gt: diese Erklärung der l. 18. passe auch für das heutige Recht ständig; dies ist noch kurz zu begründen. Die Stipulation fällt ürlich weg, da heute auch das formlose Versprechen eine klagbare rbindlichkeit erzeugt; möglich wäre auch für das heutige Recht ein rmelles Versprechen in der Gestalt des Wechselversprechens, und n würde die für das römische Recht gegebene Erklärung der l 18 h für das heutige Recht zutreffen; noch einfacher aber gestaltet sich Sache unter Zugrundelegung eines formlosen Versprechens, was derum an dem benutzten Beispiel erläutert werden soll. Schmock d auf den andern Tag zur Empfangnahme des versprochenen Geldes ellt; ehe er erscheint, kommt dem Oberst zu Ohren, daß derselbe sich er ganz besondern Schlechtigkeit schuldig gemacht habe, welche ihn e Liberalität bereuen läßt; allein er ist natürlich entschlossen, Wort halten; nun kommt Schmock und begehrt sein Geld; der Oberst t ihm seine Schlechtigkeit vor, Schmock erwidert aber, seine Auf- rung gehe den Oberst nichts an, er solle ihm das zugesagte Dar- en geben. „Darlehen?" wird der Oberst sagen, „ein Darlehen habe Ihnen nicht versprochen, ich habe Ihnen 100 Thaler schenken llen; da ich aber sehe, was für ein schlechter und frecher Mensch e sind, so ziehe ich vor, Ihnen nichts zu geben." Daran, sagen r, thut er vollkommen recht, Schmock kann ihn auch nicht zwingen, n das Geld zu geben, weil dem Versprechen die materielle Grund- e fehlt, er kann weder aus dem Darlehensvertrag klagen, weil der erst ihm kein Darlehen versprochen hat, noch aus dem Schenkungs- rsprechen, weil er es nicht angenommen hat. Ist aber während r Fortdauer des Irrthums über die beiderseits unterstellte causa die szahlung des Geldes erfolgt, so mag nach der Entdeckung des Irr- ums der Oberst, was noch davon vorhanden ist, zurückfordern; hat och auch Schmock Kenntniß von dem Irrthum erhalten und aus eude die Hälfte des Geldes verbraucht, so werden wir ihn mit m römischen Juristen nur zur Rückgabe der noch vorhandenen Thaler verurtheilen ohne zu untersuchen oder zu unterscheiden, ob

der Oberst oder Schmock *zuerst* den Irrthum entdeckt, oder ob Schmock für die andern 50 Thaler Champagner getrunken oder sich einen neuen Rock gekauft hat.

10. Vertrag und Versprechen; materieller und formeller Rechtsgrund; actiones stricti juris und aa. bonae fidei.

Die im Vorstehenden unternommene Ehrenrettung des Julian bezw. Ulpian hat uns wieder auf den Begriff des *formellen Versprechens* geführt, welches schon oben als die Grundlage des römischen Schuldrechts bezeichnet wurde, und dessen Verhältniß zum *materiellen Rechtsgrund*, zum *wirthschaftlichen Eigennutz* nunmehr noch näher zu untersuchen ist. — Wir haben oben den Gegensatz dahin formulirt: das römische (Vertrags-) Recht wird beherrscht von dem Prinzip des *formellen und darum streng einseitigen Versprechens*, das heutige Recht von dem Prinzip des *zweiseitigen formlosen Vertrags*; mit diesem Satz glauben wir die *vollständige Erklärung des Gegensatzes von strictum jus und bona fides*, actiones stricti juris und actiones bonae fidei gegeben zu haben, eine Erklärung, welche allerdings von den herkömmlichen Erklärungen sich wesentlich unterscheidet, und für welche wir von einem großen Theil der gelehrten Welt das gerade Gegentheil von Anerkennung erwarten; denn diese Erklärung stellt den Unterschied (welcher, wie wir alsbald sehen werden, auch für das heutige Recht in aller Schärfe besteht) als etwas sehr Einfaches, in der Natur der Sache Begründetes hin, während er nach der herrschenden Lehre einen Theil der unergründlichen Mysterien der tiefsinnigen Wissenschaft bildet, von welchem nur Derjenige eine Ahnung haben kann, welcher ergründet hat, wie die formulae des römischen Prozesses concipirt waren. Die herrschende Lehre behandelt den das materielle römische Recht beherrschenden Gegensatz zwischen actiones stricti juris und a. bonae fidei als ein mehr oder weniger *zufälliges* Produkt des Rechtslebens, als eine *Folge* der stets mehr oder weniger mit *Willkür* festgesetzten *Prozeßformen*; hält es doch z. B. Windscheid in seinem Lehrbuch der Pandekten für erforderlich, bei jedem einzelnen „Vertrag" zu bemerken, ob die Verpflichtungen aus demselben „unter freiem richterlichen Ermessen stehen" oder nicht. — Wir dagegen sagen: jener Gegensatz ist eine *nothwendige* Folge der im *Leben* eines Volks

wurzelnden Anschauung von der Verbindlichkeit des gegebenen Worts, die Prozeßformen sind nicht die Ursachen, sondern die Wirkungen des Gegensatzes von strictum jus und bona fides.

Hierbei müssen wir uns aber nachdrücklich dagegen verwahren, als ob wir der abgeschmackten Sentimentalität huldigten, welche aus den unter den Völkern bestehenden Verschiedenheiten der Ansichten über die Verbindlichkeit des gegebenen Worts einen Gradmesser für die Sittlichkeit der Völker construiren wollen: „der edle Germane hält stets sein Wort, der schändliche Römer hat seine Freude daran, es zu brechen." Die Verkehrtheit einer solchen Anschauung ergiebt sich schon aus den Wandlungen, welche das eine und das andere Prinzip erfahren hat; das Prinzip des formellen Versprechens war das nationalrömische Prinzip, jus civile, daneben eroberte sich das Vertragsprinzip des jus gentium immer mehr Boden, bis unter Justinian das Verständniß für das Wesen des jus civile und des jus strictum vollständig verschwand; und umgekehrt erlangt im deutschen Recht welches ursprünglich vom Vertragsprinzip beherrscht ist, das formelle Versprechen im großen Verkehr immer mehr Bedeutung.

„Das Recht (insbesondere das Privatrecht) ist das Dasein der Menschen, von der besondern Seite des (wirthschaftlichen) Eigennutzes angesehen", so lautete der dritte der an die Spitze unserer Erörterung gestellten Sätze. Wenn aber Eigennutz die Triebfeder unseres wirthschaftlichen Lebens ist, so versteht es sich von selbst, daß das einseitige Versprechen darin eine sehr kleine, der zweiseitige Vertrag dagegen eine sehr große Rolle spielt. Wir glauben es nicht oft genug wiederholen zu können: der Vertrag ist immer zweiseitig, er besteht immer aus Versprechen und Gegenversprechen, und darauf, auf welcher Seite der überwiegende Nutzen aus dem Vertrag ist, kommt es für den Begriff des Vertrags nicht an. Im Frankfurter Frieden hat Frankreich sich verpflichtet, an Deutschland zwei Provinzen abzutreten und fünf Milliarden zu bezahlen, Deutschland hat sich dagegen verpflichtet, nach Erfüllung dieser Verpflichtung das französische Gebiet zu räumen, und weil so Verpflichtung gegen Verpflichtung steht, ist der Frankfurter Friede ein Vertrag, wenn auch der Nutzen daraus ausschließlich auf deutscher Seite ist; Deutschland mußte den Vertrag erfüllen so gut wie Frankreich. Wenn dagegen Brennus, damit er die Stadt räume, sich von den Römern 1000 Pfund Goldes versprechen läßt und, als es ihm in seiner falschen Wage zugewogen wird, sein Schwert in die

Waagschale wirft: da mögen unsere Romanisten, welche vor Gelehrsamkeit den richtigen Gebrauch der deutschen Sprache verlernt haben von einem „einseitigen Vertrag" reden!

Vertrag, sagen unsere Romanisten, ist die Uebereinstimmung zweier Willenserklärungen in einer gewissen Richtung, der Vertrag an sich — Windscheid nennt ihn den „reinen" Vertrag; der Gegensatz wäre ein „unreiner Vertrag" — besteht in den beiden Willenserklärungen: Zusage von der einen — Annahme von der andern Seite. Wenn dies wahr ist, so ist auch die römische stipulatio ein Vertrag, wiewohl nach unserer Kenntniß der römischen Rechtssprache aus derselben zwar eine obligatio, nicht aber ein contractus entspringt; was aber ist alsdann der Kaufvertrag? Er besteht aus dem Versprechen des Verkäufers, dem Käufer eine Sache zu geben, der Annahme dieses Versprechens durch den Käufer, dem Versprechen des Käufers, dem Verkäufer für die Sache ein Aequivalent in Geld zu geben, und der Annahme dieses Versprechens durch den Verkäufer; da nun, wie unsere Gelehrten sagen, der Vertrag sich aus Versprechen und Annahme zusammensetzt, wir aber hier zwei Versprechen und zwei Annahmen vor uns haben, so wäre der eine Kaufvertrag zwei Verträge: 1=2.

„Wer will was Lebendiges erkennen und beschreiben,
„Sucht erst den Geist herauszutreiben,
„Dann hat er die Theile in seiner Hand
„Fehlt, leider! nur das geistige Band."

Allerdings vermochten die Römer den Kauf aufzulösen, aber nicht in zwei „Verträge", sondern in zwei Versprechen, in zwei stipulationes, und wenn dies geschah, so wurde der Geist, d. i. das Vertragsprinzip, ausgetrieben, in der Hand haben wir die starren Theile, die beiden actiones stricti juris, die Ansprüche des strengen Rechts, und was uns fehlt, das ist das geistige Band, welches die Römer bona fides nennen.

Damit das einseitige Versprechen für die Bedürfnisse des Lebens brauchbar werde, muß es nothwendig ein formelles, ein in eine Kunstform gekleidetes Versprechen sein. — Wir haben oben gesehen: das Geben ohne (aktiven und passiven) Rechtsgrund ist Schenkung; das Versprechen ohne (aktiven und passiven) Rechtsgrund ist Schenkungsversprechen, m. a. W.: was ich gebe oder zu geben verspreche, ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein und ohne damit einen Andern mir verpflichten zu wollen, das schenke ich oder verspreche ich zu schenken,

wobei aber wohl zu beachten ist, daß der Empfänger der Gabe oder des Versprechens nicht nothwendig der Beschenkte ist; auf diesen Punkt ist unten noch zurückzukommen. Sofern nun die Schenkung als durchaus uneigennützige Handlung etwas Unwirthschaftliches —, das Recht aber bestimmt ist, das wirthschaftliche Leben zu regeln, findet der Satz, daß Schenkungen nicht vermuthet werden, im Recht seine natürliche Begründung; während andererseits, da der Staat für gewöhnlich Niemand zwingt, verständig zu wirthschaften, eine Schenkung nichts Unerlaubtes ist, sondern als Schenkung i. e. S. den Uebergang von Eigenthum, als Schenkungsversprechen die Entstehung einer Verbindlichkeit bewirkt (von den Verboten gewisser Schenkungen sehen wir hier ab). Hieraus folgt weiter: wer etwas giebt oder verspricht und nachweisen kann, daß er in entschuldbar irriger Unterstellung eines nicht vorhandenen Rechtsgrundes gehandelt hat, der kann seine That oder sein Wort anfechten, Rückgabe des Weggegebenen oder Entbinduug von seinem Versprechen verlangen; jedes weiteren Beweises aber wird der Versprechende enthoben, wenn der Empfänger seinen Anspruch auf Erfüllung des Versprechens, d. i. auf die Herstellung der zugesagten Aenderung im Besitzstand lediglich mit der Behauptung begründet: „Du, Beklagter, hast mir diese Leistung versprochen". Der Beklagte erwidert darauf: „Es ist eine Vermuthung des Rechts, daß ich nicht ohne Zusage einer Gegenleistung versprochen habe, ich habe keine Gegenleistung empfangen, und so lange ich eine solche nicht erhalten habe, bin ich auch nicht schuldig, meinen Besitz aufzugeben; leiste Du, so leiste ich auch: Zug um Zug geht die natürliche Erfüllung". So ist durch die gegen die Schenkung streitende Vermuthung der Kläger genöthigt, den (aktiven) Rechtsgrund des Versprechens und die seinerseits geschehene Erfüllung oder doch das zu behaupten und zu beweisen, daß der Beklagte nach dem Vertrag mit der Erfüllung vorangehen müsse; und nun erst hat der Beklagte darzuthun, inwiefern der Rechtsgrund des Versprechens mangelhaft, dieses daher der Anfechtung unterworfen sei.

Die Berufung auf die nicht erhaltene Gegenleistung (sogenannte exceptio non adimpleti contractus) wird schon von den römischen Juristen als ein Ausfluß der bona fides, als etwas dem natürlichen Recht, dem jus gentium Angehöriges behandelt; gegenüber der Klage aus der stipulatio aber ist sie ausgeschlossen wenigstens insofern, als hier nicht der Kläger das Dasein, sondern der Beklagte den Mangel

eines Rechtsgrundes zu behaupten und zu beweisen hat. Warum dies? — Wir haben oben gesehen: das rechtwirksame Wort, das Versprechen besteht nothwendig aus Form und Inhalt, der Inhalt ist der Gedanke, hier: der Wille, künftig etwas zu thun, zu geben, die Form die Sprache; dem Willen, welcher in die natürliche Form der gewöhnlichen Sprache gekleidet war, legte das national-römische Recht, das jus civile überhaupt keine Rechtswirksamkeit bei, gleichviel, ob er einen Rechtsgrund hatte oder nicht; diese Unwirksamkeit des formlosen Worts wird nun gewissermaßen ausgeglichen durch die gesteigerte Bedeutung, welche dem in die Kunstform gekleideten Wort, dem feierlichen Versprechen beigelegt wird: die Form vertritt die Angabe des Rechtsgrundes, dem Satze des jus gentium, daß die Vermuthung gegen eine Schenkung spreche, steht der Satz des jus civile gegenüber, daß bei dem feierlichen Versprechen das Dasein eines Rechtsgrundes vermuthet werde. — Einen Grund muß jedes Handeln, also auch jedes Versprechen haben; wer etwas verspricht, ohne sich eines Grundes bewußt zu sein, handelt unvernünftig, und die unvernünftige Handlung ist für das Recht nicht vorhanden; nach einem Grund handelt ebensowohl derjenige, welcher etwas giebt oder verspricht in der Absicht, dem Andern eine Freude zu machen, wie Derjenige, welcher von der Absicht geleitet wird, den Andern sich zu einer Gegenleistung zu verpflichten. — Wenn Windscheid (Pand. §§. 362, 319 n. 2) den „von seinem Bestimmungsgrund losgelösten" Vertrag (d. h. Versprechen) als „reinen Vertrag" darum bezeichnet, „weil der so bezeichnete Vertrag farblos ist", so können wir, wenn wir ihm auf das für den Juristen sehr bedenkliche Gebiet der Gleichnisse und der Bildersprache folgen sollen, nur sagen: wenn wir von einem Maler ein ganz „reines" Bild, von einem Wirth einen ganz „reinen" Wein verlangen, so bleibt dem Maler nichts übrig, als uns ein Stück schön gebleichte Leinwand —, dem Wirth nichts, als uns ein Glas — Wasser vorzusetzen. Den „reinen", den „abstracten" Vertrag als etwas für das Rechtsleben Brauchbares hinzustellen, kann nur Denjenigen einfallen, welche den an die Spitze unserer Erörterung gestellten Satz Savigny's in sein Gegentheil verkehren: „Das Recht hat ein Dasein für sich; wer dieses Dasein ergründen will, der schließe sich von dem lärmenden, das Denken störenden Getriebe des menschlichen Lebens und Verkehrs gänzlich ab, schließe sich vielmehr in sein Studirzimmer ein und „sehe, daß er tiefsinnig faßt, was in des Menschen Hirn nicht paßt."

Also nochmals: ein Versprechen ohne Grund ist ein Unding, etwas vollkommen Unvernünftiges; ein Versprechen ohne Rechtsgrund ist höchstens unverständig; wer aber wohlüberlegt ein feierliches Versprechen giebt, von dem ist zu vermuthen, daß er verständig gehandelt habe, und darum haftet er dieser feierlichen Form wegen aus seinem Versprechen, auch wenn der Rechtsgrund desselben nicht ausgedrückt ist. Allerdings steht — darin hat Windscheid (a. a. O. §. 318 n. 3) vollkommen recht — nichts im Weg, auch das „Versprechen schlechthin" für bindend zu erklären, und es zweifelt denn auch heutzutage Niemand daran, daß derjenige, welcher wissentlich ohne allen Rechtsgrund einem Andern 100 Thaler verspricht, aus diesem Versprechen haftet, d. h. daß ein Schenkungsversprechen (bis zu einem gewissen Betrag), wenn es noch so formlos gegeben ist, klagbar ist; aber von einer totalen Verkennung des Geistes des römischen Rechts zeugt es, wenn man die Kunstform der stipulatio für nichts weiter ausgeben will, als für eine Spielerei der altväterischen Römer; allerdings war, wie Windscheid sagt, diese Kunstform für das römische Recht in der letzten Zeit kaum noch eine Form zu nennen; aber welches ist denn das monumentum aere perennius, das wir bewundern als die größte Schöpfung des römischen Geistes? sind es die Werke des Papinian, Ulpian, Paulus u. s. w., oder ist es die Compilation Justinians sammt den höchsteigenen legislatorischen Mißgeburten dieses Kaisers?

II. Das Formalversprechen des heutigen Rechts; die „Anerkennung als Verpflichtungsgrund"; Wechselversprechen und Inhaberpapiere.

„Wird die Gesetzgebung nicht wohlthun, zur Erleichterung des Verkehrs an gewisse Formen die Präsumtion anzuknüpfen, daß das Versprechen als reiner Vertrag gemeint sei?" fragt Windscheid in gerechtem Mißtrauen gegen die praktische Brauchbarkeit seines reinen Vertrags. Uns scheint, als ob die deutsche Gesetzgebung durchaus nicht nöthig hätte, in dieser Richtung eine schöpferische Thätigkeit zu entwickeln. Eine verborum obligatio zu schaffen, d. h. auszusprechen, daß, wenn ein Versprechen in gewissen feierlichen Worten gegeben sei, aus solchem geklagt werden könne, ohne daß der Kläger den Grund (sei es Schenkung oder Rechtsgrund) zu bezeichnen und zu beweisen hätte, kann keinem vernünftigen Menschen einfallen. Das

Mittel zur Darstellung des formell verpflichtenden (einseitigen) Versprechens ist in unserer Zeit die Schrift, und diejenige Schrift, welcher im Bereich des ganzen Verkehrs formell verpflichtende Kraft zukommt, auch wenn der Verpflichtungsgrund nicht ausgedrückt ist, ist der Wechsel; daneben ist für das Bedürfniß desjenigen Standes, dessen Aufgabe speciell die Vermittelung des wirthschaftlichen Verkehrs im Volk ist, d. i. des Handelsstandes, durch die in Art. 300, 301 u. 30 des D. Handelsgesetzbuchs bezeichneten Ordrepapiere wohl ziemlich ausreichend gesorgt; nur der Art. 304 ist mit dem künftigen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch unvereinbar; es werden aber weniger die Juristen als die Autoritäten der Handelswelt es sein, welchen das Urtheil darüber zusteht, ob von den nach diesem Artikel partikularrechtlich zugelassenen Ordrepapieren einzelne zu gemeinrechtlichen Werthpapieren erhoben werden sollen; die einzige Bestimmung bezüglich der Versprechen ohne ausgedrückten Verpflichtungsgrund, welche etwa vermißt werden könnte, wäre die: aus einer anerkannten kaufmännischen Abrechnung kann auf den Saldo geklagt werden, ohne daß der Kläger den Beweis für die Richtigkeit der einzelnen Abrechnungsposten zu führen hat; allein dieser Satz versteht sich nahezu von selbst, er ist indirect im Art. 291 des H.-G.-Bs. anerkannt und wird sicherlich von allen Handelsgerichten Deutschlands als bestehendes Recht behandelt.

Weiter zu gehen und jedem Fetzen Papier, auf welchem die Worte stehen: „Ich bekenne dem A. 100 Thaler schuldig zu sein", oder „Ich anerkenne, daß ich über alle Abrechnung dem A. 100 Thaler schuldig geblieben bin", eine formell verbindliche Kraft beizulegen, dies müßten wir für ein ganz entschiedenes Unglück, ja noch mehr: für ein Unrecht halten in so lange, als der Staat nicht in jeder Dorfschule einen Rechtslehrer aufstellt, welcher den angehenden Staatsbürgern die Lehre vom „reinen Vertrag" verständlich macht. Es gehört wahrlich nicht viel Erfahrung dazu, um zu wissen, welche traurigen Folgen in vielen Fällen schon die allgemeine Wechselfähigkeit gehabt hat; solcher Fälle wegen die Aufhebung der letztern und die Wiederherstellung der Wuchergesetze zu befürworten, kommt uns nicht in den Sinn, wohl aber darf man Angesichts solcher Erscheinungen der Gesetzgebung die Warnung zurufen, keine Rechtsformen ohne vorliegendes Bedürfniß künstlich zu schaffen, deren Erfolg kein anderer ist, als die Unterdrückung und Ausbeutung der Schwachen durch die Starken. Man komme uns auch nicht mit Gemeinplätzen als: „Vigilantibus leges sunt scriptae"

„die Augen auf oder den Beutel" und dgl.; es handelt sich nicht um den Schutz der Trägheit gegenüber der Thätigkeit und Wachsamkeit, sondern um den Schutz der unverschuldeten Unerfahrenheit gegenüber dem Gaunerthum im Kaftan und im Frack. Der Rechts- und Culturstaat hat eine höhere Aufgabe, als den „Kampf ums Dasein" unter seinen Bürgern zu organisiren, und den Satz „gleiches Recht für Alle" dahin interpretiren: „Der Schlaue darf den Einfältigen, der Einfältige aber auch den Schlauen betrügen, der Starke darf den Schwachen, der Schwache aber auch den Starken mißhandeln" — dies heißt der Gerechtigkeit Hohn sprechen. — Auf dem neunten deutschen Juristentag war es vor Allen Ihering, welcher für den „Anerkennungsvertrag", für die „abstrakte Schuld" mit seinem „noch aus der Studentenzeit her empörten Rechtsgefühl" (Verhandlungen Bd. III. S. 88 und 89) schwärmte; es hat nicht lange angestanden und derselbe Gelehrte hat uns in einer vielgelesenen Schrift („Der Kampf ums Recht") den von der Strafe ereilten rachsüchtigen, blutgierigen Shylock als einen Märtyrer —, den Mann, der den mit einem gestohlenen Apfel davonspringenden Bettler über den Haufen schießt, als einen Heros des gekränkten Rechts angepriesen. — Die Anerkennung (zuweilen auch „Anerkennungsvertrag" genannt) als Entstehungsgrund einer rechtlichen Verpflichtung ist ein juristisches Ungeheuer, anerkennen können wir blos das bereits Bestehende, durch unsere bloße Anerkennung werden wir niemals etwas Nichtexistirendes ins Dasein rufen. Wenn ich wissentlich fälschlich in einer Urkunde anerkenne, dem A aus einem Darlehen 1000 Thaler schuldig zu sein, so werde ich ihm allerdings 1000 Thaler schuldig, allein der Rechtsgrund meiner Schuld ist nicht mein Anerkenntniß, sondern das — durch die Urkunde bewiesene — Versprechen, dem A 1000 Thaler zu bezahlen; deshalb, weil ich das Versprechen selbst ohne Rechtsgrund gegeben habe, kann ich es nicht anfechten, denn ich habe mich ja nicht in einem Irrthum über denselben befunden, ich habe wissentlich ohne Rechtsgrund — ich habe zu schenken versprochen, und wenn nach positivem Gesetz die Schenkung an A nichtig oder anfechtbar ist, so ist es ebenso jenes Anerkenntniß. Noch ein Beispiel: der in jüngster Zeit vielgenannte englische Betrüger, der sich Tichborn nannte, wurde von der Mutter des ächten Tichborn als ihr Sohn anerkannt; den Engländern, welche doch auch keine Kinder in der Rechtswissenschaft sind, ist es nicht im Traum eingefallen zu behaupten: durch diese Anerkennung sei der Pferdedieb

zum Sir Tichborn geworden; als Beweismittel für die Rechtheit verfehlte natürlich sein Anwalt nicht, dieses Anerkenntniß zu verwerthen; aber keinem Vertheidiger wäre es in den Sinn gekommen zu sagen: „ob ächt oder unächt, mein Client ist als Sohn von der Frau Tichborn anerkannt, also ist er Sohn und Erbe." — Herrn Ihering wollen wir übrigens den falschen Tichborn hiermit als einen Märtyrer des „Rechts der Anerkennung" empfohlen haben. — Die Anerkennung als Anerkenntniß, daß etwas sei, hat unmittelbar nur processualische Bedeutung, als einfache confessio, wenn es sich um Thatsachen —, als confessio in jure, wenn es sich um Rechte handelt; die mittelbare Bedeutung für das materielle Recht folgt von selbst aus dem engen Zusammenhang des letztern mit dem Proceßrecht; die Anerkennung dagegen als Anerkenntniß, daß etwas nicht sei, hat allerdings häufig unmittelbare Bedeutung für das materielle Recht, da nämlich, wo es sich um Rechte handelt; hier hat sie die Bedeutung des Verzichts; und wenn das deutsche bürgerliche Gesetzbuch mit der romanistischen Lehre bricht, wonach der Verzicht als „pactum de non petendo" nur eine Einrede begründet, und kurz und gut sagt: „der Verzicht bewirkt das Erlöschen des Rechts" oder: „ein Recht erlischt durch Verzicht"*) so wird bei allen ausübenden Juristen, Bähr, den Vater der Anerkennung, miteingeschlossen, die „Anerkennung als Verpflichtungsgrund" sehr an Bedeutung verlieren. Das römische Recht ließ durch den einfachen Verzicht die Forderung aus dem einseitigen Versprechen vollkommen consequent nicht untergehen: dem formlosen Wort kam, wie keine verpflichtende, so auch keine befreiende Kraft zu; die contractus qui consensu fiunt, ließ es durch contrarius consensus aufgehoben werden. — Auch nach heutigem Recht erleidet übrigens der Satz, daß ein Forderungsrecht durch einfachen Verzicht erlischt, eine im Wesen der Sache begründete Ausnahme bei den Forderungen aus Ordre- und Inhaberpapieren; hier begründet der Verzicht wie das pactum de non petendo gegenüber der stipulatio, nur eine Einrede gegenüber der Person des Verzichtenden; der Grund ergibt sich aus dem sofort über die rechtliche Natur des modernen Formalversprechens Auszuführenden.

Das formelle Versprechen ist nothwendig streng einseitig, und das streng einseitige Versprechen muß, um für das wirthschaftliche Leben brauchbar zu sein, ein formelles Versprechen sein: diese Sätze gelten für das einseitige Versprechen des römischen Rechts, die stipulatio

*) Anm.: Ueber die Nothwendigkeit der Annahme des Verzichts s. unter Ziff. 13a

geradeso, wie für das einseitige Versprechen des heutigen Rechts, als dessen Repräsentanten wir den Wechsel behandeln können. — Wir haben schon oben hervorgehoben, wie das national-römische Princip des formellen Versprechens allmählig durch theilweise Anerkennung des Vertragsprincips —, das Vertragsprincip des deutschen Rechts in der Neuzeit durch theilweise Anerkennung des Princips des formellen Versprechens modificirt worden ist. Die Erklärung für diesen umgekehrten Gang der geschichtlichen Entwicklung liegt sehr nahe: das Formalversprechen des römischen Rechts war ein Hemmniß, eine Fessel, — das Formalversprechen des heutigen Rechts ist eine Förderung, ein Träger des wirthschaftlichen, zumal des großen, des internationalen Verkehrs[5]). Diese Wahrheit wird Niemand bestreiten, sie ist ja so einfach, daß ein Jeder so gut wie wir sie aussprechen kann; auch der sofort zu bezeichnende innere Grund dieser Wahrheit wird sich schwerlich anfechten lassen; er liegt darin: der Träger des römischen Formalversprechens ist blos das Wort, die Träger des modernen Formalversprechens sind Wort und That zugleich. — Geradeso wie die römischen Juristen denjenigen, welcher von einem contractus stipulationis gesprochen hätte, für einen Barbaren erklärt hätten, so müssen wir es für eine Verkehrtheit erklären, wenn in unseren Büchern vielfach von dem „Wechselvertrag" die Rede ist; von einem solchen könnte nur gesprochen werden im Sinn eines pactum de cambiando, analog dem pactum de mutuando einer- und einem pactum de stipulando

[5]) Die römischen Juristen nennen gewisse Verträge (contractus qui consensu fiunt) juris gentium (z. B. l. 5 D. I, 1); daß dies nicht „völkerrechtlich" bedeutet, weiß jeder Schüler; es ist mit dem Ausdruck nicht mehr gesagt, als daß jedes civilisirte Volk denselben Gedanken (daß solche Verträge Verpflichtungen erzeugen) zum Ausdruck bringen werde, aber natürlich in seiner eigenen Sprache; dem modernen Formalversprechen dagegen kann in einem viel höheren Sinn die Bezeichnung „juris gentium", oder am Ende auch „völkerrechtlich" beigelegt werden; bekannt sind ja die in neuester Zeit gemachten Versuche, ein internationales Wechselrecht herzustellen, und selbst eine internationale Wechsel form, unabhängig von einer bestimmten Volkssprache, läßt sich, wenn auch nicht für alle, so doch für einen großen Kreis von Völkern denken, nämlich für diejenigen, welche sich derselben Schriftzeichen bedienen; der internationale Wechsel würde nur bestehen aus Orts- und Personennamen, aus Zahlen und aus einigen conventionellen Zeichen, nämlich für die Worte „Wechsel" („zahlen Sie") „an Ordre" oder „nicht an Ordre" „für mich" und für die vom Weltverkehr schon vielfach geforderte (nicht Weltmünze, welche eine Utopie ist, sondern) Rechnungseinheit.

anderseits; wie aber die Römer mit Rechtsnothwendigkeit dem einen wie dem andern pactum die Anerkennung versagten, weil dasselbe die Verneinung des römischen Schuldrechts-Princips gewesen wäre, so ist auch das pactum de cambiando, der Wechselvertrag, ein Ding ohne Inhalt. Wenn ich Jemandem verspreche, ihm einen Wechsel auszustellen, so thue ich dies entweder mit oder ohne Rechtsgrund; im erstern Fall soll an die Stelle oder neben meine bereits bestehende Verbindlichkeit die Verbindlichkeit aus dem Wechsel treten; im zweiten Fall mache ich mich anheischig, mein Schenkungsversprechen durch einen Wechsel zu verstärken. Wie nun, wenn ich meinem Versprechen nicht nachkomme? Eine Klage aus dem Wechselvertrag, aus dem pactum de cambiando, hat offenbar keinen Sinn; ein physischer Zwang zur Ausstellung eines Wechsels ist unmöglich, die Klage kann also nur auf das Interesse gerichtet sein, und dieses Interesse wiederum kann kein anderes sein, als das Interesse daran, daß ich diejenige Verpflichtung, welche durch Begebung des Wechsels novirt oder verstärkt werden sollte, bezw. das Schenkungsversprechen erfülle; es ist also nichts anderes, als die durch die Umstände, welche den „Wechselvertrag" begleiteten, vielleicht ein wenig modificirte Klage aus dem ursprünglichen Geschäft; wenn ich z. B. ein Darlehen schulde, welches in einem Jahr fällig ist, und ich verpflichte mich aus irgend einem Grund, dem Gläubiger einen drei Monate a dato zahlbaren Wechsel auszustellen, so wäre es sinnlos, auf Ausstellung dieses Wechsels zu klagen; denn wenn nach sechs Wochen das Urtheil gefällt würde: ich sei schuldig, einen drei Monate a dato zahlbaren Wechsel auszustellen, und ich würde am Tag der Verkündigung einen solchen wirklich freiwillig ausstellen, wäre denn damit der „Wechselvertrag" seinem Sinn nach erfüllt? Vollkommen begründet aber ist es und einen guten Sinn hat es, wenn der Gläubiger nach Ablauf von drei Monaten auf sofortige Heimzahlung des Darlehens klagt.

Das Wechselversprechen, das geschriebene Wort, erzeugt, gerade wie das gesprochene Wort der stipulatio, eine streng einseitige Verbindlichkeit, eine actio stricti juris. Zur Entstehung der Wechselschuld genügt aber nicht das Wort, sondern es muß die That, das Hingeben, die Begebung der Wechselurkunde hinzutreten; beides ist unzertrennlich, und so sehen wir in der Wechselbegebung das reinste Bild der rechtwirkenden That, des actus legitimus, qui non recipit conditionem vel diem: auch einer Befristung ist der Wechsel

fähig; allerdings muß er sogar einen Zahlungstag enthalten, aber **en darum** ist eine Befristung noch viel unmöglicher als eine Bedinung, **weil** vollkommen widersinnig: „Am 1 Mai zahlen Sie gegen **iesen Wechsel** drei Monate a dato" 2c. Ueber die Unstatthaftigkeit **er Bedingung** vgl. Borchardt, Wechselordnung, 5. Auflage, S. 64. – **Das** Erforderniß der That aber ist es, welches dem Wechsel seine **ngeheure** Bedeutung für das Recht wie für den Verkehr verleiht: **as Moment** der That macht die Wechselforderung übertragbar und **öffnet** die Möglichkeit der Einzelrechtsnachfolge im Forderungsrechte, und darum dürfen wir mit vollem Recht die Erfindung **es Wechsels** selbst eine That des menschlichen Geistes nennen. — **Benn** ein Officier über die Kriegführung der Römer die Nase rümpfen **wollte**, weil sie sich nicht des Zündnadelgewehrs bedient haben, so **ürde** er vermuthlich wegen Unfähigkeit kassirt; dasselbe würde ihm **ber** unfehlbar geschehen, wenn er das deutsche Heer statt mit Zündadel- und Mausergewehren mit altrömischen verbesserten Spießen und **chwertern** bewaffnen wollte. — Es ist wahr, noch keiner unserer Gehrten hat den Römern einen Vorwurf daraus gemacht, daß sie den **Bechsel** nicht erfunden haben; wohl aber gleichen viele dem Officier **t dem** zweiten Fall, indem sie vermeinen, aus der altrömischen Cession **urch** einige würzige metaphysische Zuthaten eine Singular-Succession **t Forderungen** herausentwickeln zu können! — Das durch das ver**allende** Wort hergestellte unsichtbare Band, durch welches der Wille **weier** oder mehrerer bestimmter Personen aneinandergebunden ist, die **bligatio**, ist ihrem Wesen nach unübertragbar, mag das Band ein **infaches** oder ein doppeltes, ein einseitiges Versprechen oder ein zwei**itiger** Vertrag sein. Aus dieser Beziehung zweier Willen aufeinander **ntsteht** ein — oder entstehen zwei Ansprüche, welche abgetreten werden **önnen**; allein der Anspruch aus dem zwischen A und B bestehenden **Rechtsverhältniß**, auch wenn er von A an C abgetreten wird, bleibt **arum** immer noch der Anspruch aus dem Rechtsverhältniß zwischen **A und** B; wenn B das dem A gegebene Wort anfechten kann, weil **r von** A durch Betrug dazu verleitet worden ist, so kann er, wenn **A** seinen Anspruch aus dem Wort dem C abgetreten hat, auch diesem **egenüber** sein Wort anfechten, nicht weil er von C, wohl aber weil **r von** A betrogen worden ist. Ueber den nicht blos im positiven **Recht**, sondern in der Natur der Sache gelegenen Satz, daß vor erolgter Anzeige der Cession an den abgetretenen Schuldner dieser durch

Zahlung an den abtretenden Gläubiger seine Schuld tilge, werden alle Diejenigen, welche durch die Cession eine wirkliche Singular-Succession entstehen lassen wollen, niemals hinüberkommen. Eine „Fortentwicklung" des römischen Rechts, welches den Cessionar als procurator in rem suam auffaßt, ist nur in untergeordneten Punkten möglich und anzuerkennen: der dem Cessionar ertheilte Auftrag ist unwiderruflich; eine nach der Denunciation erfolgte Zahlung befreit den abgetretenen Schuldner nicht; man mag die Denunciation mit voller Wirkung auch durch den Gläubiger vornehmen lassen; zu der gegen Treu und Glauben grob verstoßenden Aufstellung aber, daß dem debitor cessus gewisse Einreden, die ihm gegen den Cedenten zustanden, gegen den Cessionar nicht zustehen, konnte man nur gelangen, indem man das zu Beweisende, das Vorhandensein einer wirklichen Singular-Succession, als bewiesen annahm. — Das Produkt der Th[illegible] dagegen, der sichtbare Körper, an welchen das Wort gebunden ist, [illegible] Urkunde, ist der Uebertragung ebenso fähig, wie jede andere kör[illegible]liche Sache.

Wir haben oben den Wechsel als den Repräsentanten der Formalversprechen des heutigen Rechts bezeichnet; der Wechsel als solcher ist allerdings nur der Repräsentant der Ordre-Papiere, während die andere Gattung der modernen Formalversprechen die Inhaber-Papiere bilden; da aber der mit Blanko-Indossament versehene Wechsel durchaus die Natur eines Inhaber-Papiers hat, so wird es keiner weiteren Rechtfertigung bedürfen, wenn wir den Wechsel als Vertreter beider Gattungen behandeln. — Den Unterschied zwischen dem Formalversprechen des römischen und demjenigen des heutigen Rechts können wir auch so bezeichnen: das römische Versprechen wird einer bestimmten Person, höchstens einer Mehrzahl bestimmter Personen (aktive Correalobligation) gegeben, das moderne einer unbestimmten Reihe von Personen, oder genauer: einer bestimmten Person und einer an diese sich anschließenden Reihe unbestimmter Personen. Das Versprechen an eine unbestimmte Person war nach römischem Recht so zusagen unmöglich, das formlose Wort war unverbindlich und eine unbestimmte Person kann überhaupt nichts, also auch nicht spondes ne sagen. Im heutigen Recht ist ein solches Versprechen zwar möglich, aber von sehr geringer Bedeutung, als „Auslobung" und unter Umständen als öffentliches Ausgebot bei Versteigerungen; die praktische Bedeutung des Versprechens an eine unbestimmte Person liegt in

einer Unwiderruflichkeit; das Wort, so lange es noch nicht angenommen worden ist, kann zurückgenommen werden; von diesem sehr natürlichen Grundsatz giebt es einzelne nicht minder natürliche Ausnahmen, welche man aber schwerlich auf etwas anderes zurückführen kann als darauf, daß es gegen Treu und Glauben gehandelt wäre, wenn in diesen Ausnahmefällen der Widerruf unbedingt gestattet wäre: vgl. H.-G.-B. Art. 319, 320. Neuerdings hat man (Regelsberger) den zeitweiligen Ausschluß des Widerrufs auf ein zugleich mit dem Angebot stillschweigend abgegebenes Behaftungsversprechen zurückführen wollen; allein auch dieses Behaftungsversprechen unterliegt dem Widerruf nach Art. 320; und wie lange soll die Behaftung aus dem Versprechen dauern? eben doch nur bis zu dem nach Art. 319 vom Richter nach der Billigkeit, ex bono et aequo, zu bestimmenden Zeitpunkt. Selbst das in der Auslobung enthaltene Versprechen wird sich die Gesetzgebung hüten müssen schlechthin für unwiderruflich zu erklären; wenn ich eine Brieftasche verliere und in der Meinung, daß darin für mich sehr werthvolle Urkunden enthalten gewesen seien, dem Finder und Ueberbringer in der Zeitung 100 Thaler verspreche, hernach aber, weil ich die Urkunden zu Haus in einem anderen Behältniß finde, die Auslobung in derselben Zeitung widerrufe, soll ich hier Demjenigen, welcher mir die Tasche bringt, 100 Thaler selbst dann zu zahlen schuldig sein, wenn ich ihm beweisen kann, daß er zur Zeit des Funds den Widerruf gekannt hat? — Wenn endlich die Unwiderruflichkeit des in der Versteigerung enthaltenen öffentlichen Ausgebots von ihren Vertheidigern selbst (vgl. Windscheid, Pand. §. 309) auf den Fall beschränkt wird, wo der Verkäufer erklärt oder wo sich aus den Umständen dessen Absicht ergiebt, jedem Bietenden die Sache zuzuschlagen, so kann hier kaum mehr von einer Ausnahme von dem Prinzip der Widerruflichkeit des noch nicht angenommenen Wortes oder Offertes die Rede sein.

Die That — haben wir schon im Beginn unserer Erörterung gesehen — ist stets unwiderruflich; hierauf, und nicht auf den Umstand, daß das Wechselversprechen einer unbestimmten Mehrzahl von Personen gegeben ist, gründet sich dessen Unwiderruflichkeit. Zunächst wird es ja nicht einer unbestimmten Person gegeben, kann einer solchen nicht gegeben werden; versprechen allerdings können wir einer unbestimmten Person, d. h. wir versprechen derjenigen Person, welche durch ein künftiges Ereigniß bestimmt wird: das Versprechen

an eine unbestimmte Person ist immer ein **bedingtes** Versprechen, die Begründung der Wechselschuld aber ist eine rechtwirkende That, actus legitimus, darum einer Bedingung nicht fähig, folglich auch unfähig, einer unbestimmten Person gegeben zu werden; sie vollzieht sich durch die Begebung des Wechsels mit der (stillschweigenden) Erklärung: „Ich verspreche nach dem Inhalt der Urkunde Dir und Jedem zu leisten, auf welchen Du die Urkunde überträgst." Bekanntlich construirt beinahe jeder Schriftsteller über Wechselrecht und Inhaberpapiere die Gläubigerschaft wieder anders; so, um einen der angesehensten Gelehrten zu nennen, **Gerber** (Deutsches Privatrecht §. 160): „Der Besitz des Papiers, **einerlei wie er erworben wurde**, ist der Zustand, der den Gläubiger bestimmen soll; dieser genügt, aber er soll in jedem Fall vorhanden sein. **Dies ist der muthmaßliche Wille dessen**, der sich dem „Inhaber des Schuldscheins" verpflichtet." Dagegen ist zu bemerken: Auf den **muthmaßlichen** Willen des Schuldners kommt es überhaupt nicht an, die Verpflichtung desselben aus dem in blanco girirten Wechsel tritt (wenn er nicht etwa die Indossirung im Wechsel verboten hat) gegen ihn ein, mag sein Wille sein, welcher er will; und anderseits, wenn jenes auch **immer** der Wille des Schuldners wäre, so folgt daraus noch keineswegs, daß das Recht diesen Willen stets anerkennen müßte und dürfte; wenn der Schuldner erklärte: „Ich will als Gläubiger jeden Inhaber der Urkunde anerkennen, auch wenn er sie durch Raub oder Diebstahl erworben hat", so ist dieser Wille die nackte Unsittlichkeit und darum für das Recht nicht vorhanden, nichtig. Allerdings bestimmt Art. 36 Abs. 3 der Wechsel-Ordnung: „Die Aechtheit der Indossamente zu prüfen, ist der Zahlende nicht verpflichtet", woraus per argumentum a minore ad majus folgt, daß der Schuldner aus einem in blanco girirten Wechsel oder aus einem Inhaberpapier zur Prüfung der Legitimation des Inhabers überhaupt nicht **verpflichtet** ist; allein einmal ist damit noch nicht auch die **Berechtigung** zu jener Prüfung ausgeschlossen, und dann ist auch die Befreiung von der **Verpflichtung** cum grano salis zu verstehen. Das Wechselrecht und das gesammte Civilrecht bilden nur einen Theil des gesammten positiven Rechts, alle Theile des letztern stehen in einem innern Zusammenhang, und eine vollständige Kenntniß des Civilrechts ist immer nur eine mangelhafte Kenntniß ohne gleichzeitige Kenntniß der andern Zweige des Rechts. Unterstellen wir folgenden Fall: A zieht einen

Wechsel auf B, zahlbar an die Ordre des C, C begiebt ihn mit Blanco-Indossament an D, D läßt ihn, ohne das Indossament auszufüllen, von B acceptiren. Einen Tag vor dem Verfall wird der Wechsel dem D gestohlen, es ergiebt sich sofort dringender Verdacht des Diebstahls gegen E; D, welcher dem B persönlich bekannt ist, eilt zu diesem und sagt ihm: „Du weißt, daß ich im Besitz des von A auf Dich gezogenen, mit einem Blankogiro des C versehenen Wechsels war; dieser Wechsel ist mir von meinem Commis E gestohlen worden, richte Dich danach". Eine Stunde später erscheint E und präsentirt dem B den Wechsel zur Zahlung; B will zunächst ausweichen und heißt den E am andern Tag, am Verfalltag, wieder kommen, E aber bedarf dringend des baaren Geldes und bietet dem B einen Rabatt von 30 pCt., dieser Lockung kann B nicht widerstehen und honorirt den Wechsel. — Werden wir auch hier den Art. 36 der W.-O. zur Anwendung bringen und die Wechselschuld des B für getilgt erklären? Wir denken, diesem wird die Berufung darauf, daß er die Legitimation des Inhabers nicht zu prüfen verpflichtet sei, sehr wenig helfen; der Richter wird ihm sagen: Allerdings warst Du zu dieser Prüfung civilrechtlich nicht verpflichtet, und darum haftest Du dem D nicht mehr nach Wechselrecht; wohl aber fällst Du unter §. 257 des Strafgesetzbuchs, und als Mitschuldiger an dem Diebstahl haftest Du dem D für seinen Schaden; dieser Schaden ist nicht der Werth des Papiers, auf welchem Dein Accept stand, sondern der Betrag der Forderung, welche D gegen Dich gehabt hat." Und für B wie für D wird es sehr gleichgültig sein, ob die Zahlung des B nunmehr auf Grund der Wechselschuld oder auf Grund der Deliktsschuld erfolgt.

Wir sehen: das Recht des Schuldners aus dem Inhaberpapier, ohne Prüfung der Legitimation des Inhabers zu zahlen, findet seine natürliche Schranke in den §§. 257 und 259 des Strafgesetzbuchs; aber noch zu einer weiteren Bemerkung gibt das Gesagte Anlaß: wenn es der sittlichen Natur des Rechts zuwiderläuft, den Räuber und den Dieb Gläubiger aus dem Inhaberpapier werden zu lassen, die Gläubigerschaft sich vielmehr nicht anders, als oben geschehen, bestimmen läßt, so läßt sich auch schlechterdings kein vor der Moral stichhaltiger Grund zur Rechtfertigung der exorbitanten Bestimmung des Art. 307 des H.-G.-B. anführen; dem Satz: „Hand muß Hand wahren", ist durch unsere Construction der Gläubigerschaft Rechnung getragen; wenn der Schuldner sagt: „mein Gläubiger soll Jeder sein, auf welchen Du die

Urkunde überträgst", so liegt in dieser Erklärung nichts Unsittliches, obwohl damit ausgesprochen ist: als Gläubiger gilt Derjenige, welcher auf eine nicht rechtswidrige Weise in den körperlichen Besitz (detentio im Gegensatz zur possessio) der Schuldurkunde gelangt ist; ob er das Inhaberpapier einem Andern zum Faustpfand bestellen oder es bei einem Andern hinterlegen will, dies hängt lediglich vom Willen des Inhabers ab; gegen das Bestohlen- oder Beraubtwerden dagegen kann er sich nicht oder doch nur unvollkommen schützen, und darum ist es die Pflicht des Staats, ihn gegen Räuber und Diebe zu schützen; diese Pflicht stellen wir unbedingt höher als die Pflicht, den „Verkehr" zu schützen. Wenn A von B ein Darlehen erhalten und diesem dafür einen auf den Inhaber lautenden Schuldschein ausgestellt, daneben auch bedungen hat, daß das „Summenversprechen" (welcher Ausdruck Thöl's hier zutrifft) an die Stelle der Darlehensschuld treten solle, und wenn B hernach den Schuldschein aus Versehen ins Feuer wirft: so wird kein verständiger Mann behaupten, A habe dadurch aufgehört, Schuldner des B (oder seines Rechtsnachfolgers) zu sein; mag der „muthmaßliche Wille" des Schuldners noch so sehr auf einen solchen Erfolg gerichtet sein, er ist rechtlich nichtig, weil er auf eine Schändlichkeit gerichtet ist; Eines allerdings kann er verlangen: daß derjenige, welchem der Schein verbrannt ist, vollen Beweis für diese Thatsache liefere; dieser Beweis ist natürlich ein sehr schwieriger, und ohne das Mittel der Amortisation, durch welche die bloße, wenn auch große Wahrscheinlichkeit zur Fiktion der Gewißheit erhoben wird, kaum zu führen. Wo aber überhaupt die Amortisation zugelassen ist, da muß sie dem Bestohlenen und Beraubten ganz ebenso zu Statten kommen, wie Demjenigen, welcher den Schuldschein aus Versehen zerstört hat, wobei es wiederum selbstverständlich ist, daß er die Thatsache des Diebstahls geradeso wie die Thatsache der körperlichen Vernichtung der Urkunde beweisen oder bescheinigen muß. Will man für den „Verkehr" etwas Uebriges thun, ohne doch etwas rechtlich und sittlich Verkehrtes zu thun, so möge man bestimmen, daß die Amortisation nur innerhalb einer gewissen kurzen Frist (tempus utile) nach Eintritt des Besitzverlusts begehrt werden dürfe; im Uebrigen aber wiederholen wir: die Anwendung des Grundsatzes: „Hand muß Hand wahren" auf die Inhaberpapiere folgt gewissermaßen aus deren Wesen, folgt wenigstens aus unserer Auffassung der Gläubigerschaft (nach welcher insbesondere Derjenige, welcher behauptet, durch Unter-

klagung den juristischen Besitz des Inhaberpapiers verloren zu haben, die Amortisation nicht begehren kann); die unsittlich-zärtliche Rücksicht auf die Interessen der Geld- und Börsenmänner, auf welche allein der Art. 307 des H.-G.-B. zurückgeführt werden kann, ist verwerflich, den Römern wäre eine solche Begünstigung der argentarii nie in den Sinn gekommen, vgl. Wetzell, Civilproceß §. 24 n. 11. Dieser Artikel verdient aufgehoben und durch die schon oben für alle beweglichen Sachen beantragte Bestimmung ersetzt zu werden, daß dem Bestohlenen, dem Beraubten und demjenigen, welcher den körperlichen Besitz verloren hat, ebenso wie demjenigen, von welchem die Sache erpreßt worden ist, eine actio in rem scripta gegeben werde, gegen welche auch mit der Einrede des redlichen Erwerbs nicht aufzukommen ist; gegenüber den weittragenden Folgen, welche die im Interesse des Verkehrs gelegene Anerkennung des Satzes: „Hand muß Hand wahren" auf den Eigenthümer äußert, ist die Einräumung einer solchen Klage nicht mehr als eine billige Entschädigung desselben.

Nach herrschender Lehre soll allerdings der in blanco girirte Wechsel den Bestimmungen des Art. 307 nicht unterliegen, ebenso nicht nach den Motiven zu dem preußischen Gesetz vom 5. Mai 1872 über den Eigenthumserwerb der Grundstücke ꝛc. der in blanco abgetretene Grundschuldbrief. „Der Wechsel und der Grundschuldbrief", sagt man, „sind, auch wenn sie mit einem Blanko-Indossament versehen werden, keine Inhaberpapiere." Warum nicht? Die ehrliche Antwort kann nur lauten: „Weil sie sonst unter Art. 307 des H.-G.-B. fielen." Dieser einzige Grund ist offenbar kein Grund, doch hat er eine gute Seite, sofern er unser Verlangen einer Aenderung des Art. 307 unterstützt: wer A sagt, muß auch B sagen; daraus folgt: wer absolut nicht B sagen will, darf auch nicht A sagen oder muß das gesprochene A zurücknehmen.

Wir haben hiermit das Gebiet der aus Verträgen entspringenden Schuldverhältnisse erschöpft; das Ergebniß unserer Erörterung fassen wir in den Antrag zusammen: das künftige bürgerliche Gesetzbuch für Deutschland möge mit all den herkömmlichen, mehr oder weniger unlogischen Eintheilungen der aus Verträgen entspringenden Schuldverhältnisse brechen und einfach unterscheiden: 1) Schuldverhältnisse aus (einseitigen) Versprechen, 2) Schuldverhältnisse aus (zweiseitigen) Verträgen.

12. Moderne Realkontrakte: Verbindlichkeiten aus rechtswidriger und rechtmäßiger That; Bereicherungsklagen.

Der Vertrag ist im wirthschaftlichen Leben zwar der gewöhnlichste, aber keineswegs der einzige Weg, auf welchem Schuldverhältnisse entstehen: das Versprechen wie der Vertrag wurzeln in dem rechtwirkenden Wort; allerdings werden täglich Verträge geschlossen, ohne daß ein Wort gesprochen wird: wenn wir uns in einem Bierhaus niederlassen, bringt uns häufig, ohne daß wir den Mund öffnen, der Wirth ein Glas Bier und ebenso schweigend legen wir ihm den bekannten Preis hin; daß dies ein Kauf ist, wer wollte es leugnen? Das Wort wird hier durch schlüssige Handlungen vertreten; im Uebrigen würde es Jedermann lächerlich finden, wenn ich in einem solchen Fall sagen wollte: „ich habe mit dem Wirth einen Kaufvertrag abgeschlossen;" selbst wenn wir mit ausdrücklichen Worten ein Glas Bier bestellen, denken wir nicht daran, daß wir einen Vertrag schließen: Das vendere Seitens des Wirths, welcher auf unsere Bestellung sagt: „sogleich", d. h. das Versprechen, uns ein Glas Bier zu geben, fällt hier mit dem venum dare, dem Weggeben, der Erfüllung so zusammen, daß wir im gewöhnlichen Leben beide Momente kaum unterscheiden; dies sei namentlich auch gegen Windscheid (Pand. §. 321a. 18) bemerkt, welcher in der Verwirrung der Begriffe Wort und That das Aeußerste leistet, indem er behauptet: „durch die „Entäußerungserklärung" des Verkäufers werde die verkaufte Sache „weggegeben"; eine Behauptung, mit welcher seine an sich berechtigte Polemik (§. 43 n. 6) gegen Ziebarths „Recht zur Sache" (ein Recht, welches weder Fisch noch Fleisch, weder recht dinglich, noch recht persönlich ist) schlecht zusammenstimmt. Aber obgleich das Geschäft zwischen dem Wirth und dem Gast sich ganz schweigend abwickelt, bleibt es doch, wie gesagt, ein Kauf und darum ein Vertrag; anders verhält es sich mit den nunmehr noch kurz zu betrachtenden Schuldverhältnissen.

Den durch das Wort allein, d. i. durch Vertrag — und den durch Wort und That, d. i. durch das moderne Formalversprechen erzeugten Verbindlichkeiten stehen als dritte Gattung gegenüber die durch die That allein erzeugten Schuldverhältnisse, deren es wieder zwei Klassen sind: Verbindlichkeiten, denen wir uns durch unsere Thaten unterwerfen, und Verbindlichkeiten, welche wir für Andere uns als Gläubigern gegenüber durch unser Thun begründen.

Culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti, sagt Pomponius in l. 36 D. de R. I., L, 17. Unsere Rechtsphilosophen werden zwar ob solch einer Definition die Hände über dem Kopf zusammenschlagen, und wir wollen gern zugeben, daß dieselbe wie fast alle Definitionen der römischen Juristen noch etwas mangelhafter ist, als diejenigen vieler anderen Gelehrten; dem ungeachtet liegt viel Wahres in dem Satz. — Wenn wir unberufen in fremde Angelegenheiten eingreifen, so thun wir etwas, wozu wir kein Recht haben, unser Thun ist also (objektiv) rechtswidrig, wenn auch unser Wille nicht im Geringsten auf ein Unrecht gerichtet ist; wenn wir durch diese rechtswidrige That einen Anderen beschädigen, sei es auch ohne rechtswidrige Absicht, so ist diese Beschädigung eine rechtswidrige, und, wenn die That überhaupt ein Erzeugniß unseres Willens ist, so sind wir dem Andern dafür verantwortlich. Daß wir für die mit rechtswidriger Absicht herbeigeführten Beschädigungen Anderer haften, versteht sich von selbst, und so ergeben sich zwei, bezw. drei Klassen von Verbindlichkeiten, denen wir durch unser Thun unterworfen werden: 1) Verbindlichkeiten in Folge rechtswidriger Bethätigung unseres Willens, d. i. aus Handlungen, bei denen wir fremde Rechte unserem Eigennutz opfern, sei es nun, daß das Verhalten unseres Willens ein vorsätzlich (positiv) rechtswidriges, d. h. ein doloses oder daß es nur unvorsätzlich (negativ) rechtswidrig ist, d. h. daß es uns gleichviel gilt, gleichgültig ist, ob wir durch unser Thun fremdes Recht verletzen oder nicht: culposes Verhalten; diese Verbindlichkeiten (ex delicto) entsprechen den Verbindlichkeiten aus dem einseitigen Versprechen (ex stipulatu) insofern, als sie ihrem Wesen nach streng einseitig sind, eine actio stricti juris erzeugen, wie sie denn auch von Anfang an im nationalrömischen Recht, jus civile, Anerkennung fanden. 2) Verbindlichkeiten aus einer an sich nicht rechtswidrigen Bethätigung unseres Willens, d. h. aus Handlungen, welche wir nicht aus Eigennutz vornehmen; wer im Auftrag eines Andern unentgeltlich dessen Geschäfte besorgt, handelt gleichfalls ohne Eigennutz und doch haftet er wegen Unterlassung der stillschweigend zugesicherten Sorgfalt (vgl. Windscheid, Pand. §. 413 n. 4); umsomehr versteht sich diese Haftung da, wo Jemand ohne Auftrag sich in fremde Angelegenheiten mischt; ein solcher, sagt man, werde quasi ex contractu — nach Analogie des Mandatars — verpflichtet; ohne der Berechtigung dieser Anschauung zu nahe zu treten, wird man sagen dürfen, daß man ebensowohl die Ver-

pflichtung des unbeauftragten Geschäftsführers, negotiorum gestor, eine solche quasi ex delicto nennen könnte. Auf einer Linie mit dem Geschäftsführer steht der Vormund (einschließlich des curator absentis, Abwesenheitspflegers), welcher zwar einen Auftrag zur Besorgung fremder Geschäfte hat, aber nicht vom Geschäftsherrn; der Güterpfleger im Gemeinschuldverfahren hat, wenigstens nach dem Entwurf des deutschen Gemeinschuldverfahrens, die Stellung eines Mandatars.

Ob man die eben behandelten Schuldverhältnisse als vertrags- oder deliktsähnliche auffaßt, ist im Ergebniß ziemlich einerlei; daß bei den römischen Juristen der letztere Gesichtspunkt der vorherrschende war, dafür kann die oben angeführte l. 36 de R. J., sowie der Umstand angeführt werden, daß der Anspruch des Geschäftsherrn als actio directa, derjenige des Geschäftsführers nur als actio contraria bezeichnet wird (ebenso bei der Vormundschaft), während doch das Schuldverhältniß zwischen beiden keineswegs in derselben Weise, wie dasjenige aus dem Leih- oder Hinterlegungsvertrag, ein wesentlich einseitiges, sei es im juristischen oder im wirthschaftlichen Sinn, ist; es kann häufig vorkommen, daß aus der Geschäftsführung blos der Geschäftsherr verpflichtet wird. — Diese letztere Verpflichtung ist jedenfalls eine solche quasi ex contractu, ein Schuldverhältniß, wie es für den Auftraggeber begründet wird, das Vorbild derjenigen Verbindlichkeiten, welchen Andere von uns durch unsere Thaten unterworfen werden; aus der Möglichkeit der beiderseitigen Verpflichtung folgt von selbst, daß die dadurch begründeten Ansprüche bonae fidei sind, d. h. ähnlich wie die Ansprüche aus einem Vertrag dem freien richterlichen Ermessen unterliegen. Der Anspruch des Geschäftsführers findet seine innere Begründung in der allgemeinen Erwägung, daß es gegen Treu und Glauben, gegen die bona fides verstoßen würde, wenn der Geschäftsherr, was er selbst mit eigenem Aufwand würde gethan haben, einen Andern auf dessen Kosten thun ließe und sich weigern würde, das, was dieser ihm erspart hat, demselben zu erstatten; der Anspruch des Geschäftsführers stellt sich dar als ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung des Geschäftsherrn auf Kosten des ersteren.

Wenn Windscheid (Pand. §. 422) sagt: man werde darauf verzichten müssen, auf die Frage, wann eine Bereicherung aus fremdem Vermögen eine ungerechtfertige Bereicherung sei, mit einer all-

gemeinen Formel zu antworten, so scheint uns zwar der diesem Satz zu Grunde liegende Gedanke, nicht aber die gewählte Fragestellung richtig zu sein. Der Begriff der Bereicherung läßt sich überhaupt nicht weiter definiren, und ungerechtfertigt ist jede Bereicherung, auf welche der Bereicherte kein Recht hatte; die Frage ist vielmehr die: wann begründet eine ungerechtfertigte Bereicherung einen Anspruch desjenigen, auf dessen Kosten sie erfolgt ist? Windscheid (a. a. O. §. 421 n. 1) erklärt sich mit vollen Recht gegen die frühere Lehre, daß überhaupt schon die Thatsache der Bereicherung aus fremdem Vermögen eine Verpflichtung zur Ausgleichung des dadurch dem Andern entstandenen Nachtheils begründe; allein sein eigener Satz: „Jede ungerechtfertigte Bereicherung aus fremdem Vermögen erzeugt für den Bereicherten die Verpflichtung, dem Benachtheiligten herauszugeben, worum er reicher geworden ist", beruht auf einer petitio principii: „weil unsere Gesetze nur in bestimmten Fällen von Bereicherung einen Anspruch gegen den Bereicherten zulassen, so ist die Bereicherung nur in diesen Fällen ungerechtfertigt, in allen andern gerechtfertigt." — Die unendliche Mannigfaltigkeit des Lebens läßt sich nun eben einmal schlechterdings nicht unter starre Regeln zwingen, und so müssen wir denn auch darauf verzichten, auf die Frage, wie wir sie formulirt haben, mit einer allgemeinen Formel zu antworten. Nehmen wir nur zwei Beispiele: 1) Es kauft Jemand ein Haus und läßt darin von einem bedeutenden Künstler Fresken malen, deren Werth jeder Sachverständige zu einigen tausend Thalern anschlägt; das Haus wird ihm hernach entwehrt; 2) es erwirbt Jemand im Herbst einen Acker und will solchen für das folgende Jahr bestellen; aus Irrthum sät und düngt er aber mit beträchtlichen nachweisbaren Kosten den Acker seines Nachbars, und dieser zieht die Früchte daraus. Wer will leugnen, daß in beiden Fällen der Eigenthümer ungerechtfertigt bereichert ist? Und doch wird ein Richter im ersten Fall schwerlich den Eigenthümer des Hauses zur Bezahlung des durch die unentfernbaren Fresken verursachten Mehrwerths des Hauses —, wohl aber im zweiten Fall den Eigenthümer des Ackers zum Ersatz der Culturkosten verurtheilen; bonus judex varie ex personis causisque constituet: l. 38 D. VI. 1. Der leitende Gesichtspunkt für den bonus judex, wie ihn die angef. l. 38, sowie l. 28 u. 29 D. VI. 1 andeuten, wird der wirthschaftliche sein müssen; der gerechte Richter wird in erster Linie fragen: ist durch die Bereicherung der Gebrauchswerth der Sache,

in Beziehung auf welche dieselbe eingetreten ist, vermehrt worden? Dies ist unzweifelhaft bei dem mit fremder Frucht angeblümten Acker der Fall; erst in zweiter Linie darf gefragt werden: ist der Tauschwerth der Sache erhöht worden? Diese Erhöhung darf nur berücksichtigt werden, wenn die Sache nachweisbar für den Eigenthümer die Bedeutung eines Tauschobjekts hat (l. 29 cit.: „nisi si venalem eum habeas"); dies wird bei der Verschönerung eines Hauses durch Fresken regelmäßig nicht zutreffen; läßt sich aber ausnahmsweise jener Nachweis führen (z. B. der entwehrende Eigenthümer bringt das Haus alsbald zur Versteigerung und es wird ein den früheren Anschlag weit übersteigender Erlös erzielt), so wüßten wir in der That nicht, was den bonus judex abhalten sollte, dem Maler oder seinem Auftraggeber einen entsprechenden Theil des Erlöses zuzusprechen; freilich, nicht jeder Richter ist ein bonus judex, und es giebt in Deutschland Gebiete, wo man es für durchaus überflüssig hält, daß ein Richter auch nur die Elemente der Volkswirthschaftslehre, z. B. den eben bemerkten Unterschied zwischen Gebrauchs- und Tauschwerth kenne!

Noch ist hier eine allgemeine Bemerkung zu machen: die Bedeutung der Bereicherungsklagen des heutigen Rechts ist eine entschieden geringere, als diejenige der condictiones des römischen Rechts, welche man neuerdings als Bereicherungsklagen bezeichnet. Der Grund wurde schon oben angedeutet: er liegt in dem dem römischen Schuld-Recht zu Grunde liegenden Prinzip des einseitig-formellen Versprechens und der Klaglosigkeit des formlosen Vertrags; dieser mußte, um klagbare Ansprüche zu erzeugen, in zwei Formalversprechen aufgelöst werden, und der Klage ex stipulatu konnte die Einrede des nichterfüllten Vertrags nicht —, jedenfalls nicht mit der Wirkung entgegengehalten werden, daß der Kläger den materiellen Rechtsgrund seines Anspruchs hätte bezeichnen und beweisen müssen. War der auf Leistung und Gegenleistung gerichtete Vertrag in zwei Stipulationen aufgelöst, so stand allerdings dem zuerst auf Erfüllung Belangten auch seinerseits regelmäßig eine actio ex stipulatu zu; allein einmal konnte deren Erfolg häufig dadurch ausgeschlossen werden, daß dem Beklagten die Erfüllung ohne sein Verschulden unmöglich geworden war (und impossibilium nulla est obligatio), sodann mochte es wohl häufig vorkommen, daß nur die Verpflichtung des einen Theils in die Form der Stipulation gebracht wurde, während der andere Theil sich auf die Redlichkeit des Gegners verließ: hier wird es häufig (nicht immer;

man denke an die Bestimmungen über Tragung der Gefahr beim Kauf) unbillig erscheinen, den ersten Kläger im Besitz der Leistung zu lassen, die er nur mit Rücksicht auf die von ihm zugesicherte Gegenleistung erhalten hat; das Mittel, dem materiellen Recht, der aequitas, Genüge zu thun, war die Gestattung einer condictio, welche, obwohl aus der aequitas entsprungen, doch ihrem Inhalt nach stets ein streng einseitiger Anspruch war. — Mit dem Wegfall des römischen Formalversprechens fallen von selbst diese Anwendungen der Bereicherungsklagen weg; der Hauptfall für das heutige Recht ist das Rückforderungsrecht desjenigen, welcher in entschuldbar-irrthümlicher Unterstellung eines Rechtsgrundes einem Andern etwas geleistet hat; war es ein passiver Rechtsgrund, so ist die anzustellende Bereicherungsklage die condictio indebiti des römischen Rechts; im Fall eines irrthümlich unterstellten aktiven Rechtsgrundes vertritt sie die Stelle der römischen condictio sine causa. — Man könnte geneigt sein zu vermuthen, daß die Bereicherungsklage (nicht diejenige des Art. 83. der W.-O.!) gegenüber dem Formal-Versprechen des heutigen Rechts eine ähnliche Bedeutung habe, wie gegenüber der stipulatio; dies ist aber keineswegs der Fall; allerdings kann die Begebung eines Wechsels ohne materiellen Rechtsgrund erfolgen oder kann die dem Wechsel-Versprechen zu Grunde liegende Verpflichtung des Empfängers des Versprechens, des Remittenten, nicht erfüllt werden, und der Aussteller kann in Folge dessen sein Wort anfechten und dem Empfänger den Wechsel mit einer Bereicherungsklage abfordern; allein seine That, die Begebung und deren Folgen, bleibt bestehen, und wenn der erste Empfänger den Wechsel weiter begeben hat, so berührt den zweiten Inhaber jene Anfechtbarkeit regelmäßig in keiner Weise; der Aussteller und der Acceptant haften diesem, ohne ihm eine Einrede aus der Person seines Vormanns entgegenstellen zu können (und eine Einrede ist die Berufung auf die Anfechtbarkeit, im Gegensatz zur Nichtigkeit des Versprechens); es bleibt ihnen überlassen, aus dem dem Wechselversprechen zu Grunde liegenden Rechtsverhältniß gegen den ersten Empfänger zu klagen.

13. Rechtsgeschäfte zu Gunsten Dritter.

a. Novation und Schuldübernahme.

Welche Wirkung kann ein zwischen zwei Personen vorgenommenes Rechtsgeschäft auf die Rechte eines Dritten äußern? — Daß durch

das, was zwei Personen unter sich handeln, die Rechte eines Dritten, Unbetheiligten nicht beeinträchtigt werden können, versteht sich so sehr von selbst, daß dieser Satz prinzipiell noch nie angefochten worden ist. Verletzt kann das Interesse des Dritten allerdings werden, und diese Verletzung hat zuweilen kraft ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes die Anfechtbarkeit der an sich vollkommen rechtsgültigen Handlung Seitens des Dritten zur Folge; die wichtigsten Fälle dieses Anfechtungsrechtes gehören dem Gemeinschuldrecht an (actio Pauliana u. dgl.). — Dagegen ist eine namentlich in neuerer Zeit vielbehandelte Frage die, inwiefern durch ein Rechtsgeschäft zwischen A u. B die rechtliche Lage des T verbessert werden könne. — Der Erwerb von Eigenthum und eigenthumsähnlichen Rechten für den Dritten durch Rechtsgeschäfte fremder Personen in anderer Weise als in der Form der Stellvertretung ist unmöglich, da zu diesem Erwerb die eigene That dessen gehört, welcher das Recht erwerben soll. In Frage kommen nur 1) die Befreiung von Verpflichtungen, welche dem Dritten oblagen, 2) der Erwerb von Forderungsrechten für ihn.

Die Befreiung des Dritten von einer Verbindlichkeit ist an sich in doppelter Weise möglich, durch Wort und durch That. Die Form der Befreiung ist die: T ist zu einer Leistung an A verpflichtet, B leistet entweder (Befreiung durch die That) an A, was T schuldig ist oder (Befreiung durch das Wort) er verspricht dem A, zu leisten, was T ihm schuldet. — Wenn B dem A leistet, was T dem A schuldig ist, so ist, wenn nicht etwa die Handlung des B nichtig oder anfechtbar ist, der Erfolg nach römischem Recht die (endgültige) Befriedigung des A, auch wenn B ohne passiven Rechtsgrund, also aus Liberalität (im weitern Sinn) gehandelt hat; dieser Erfolg tritt selbst dann ein, wenn B aus Liberalität gegen T handeln, d. h. diesem schenken, ihn nicht zum Ersatz verpflichten wollte und das Gesetz die Schenkung des B an T für nichtig erklärt: die Zahlung des B an A, qui suum recepit, ist gültig, daran zweifelte kein römischer Jurist, trotzdem, daß, wenn dem Schenkungsverbot zuwider B dem A die Schuld des T zu entrichten bloß versprochen hat, dieses Versprechen für nichtig erklärt wird (cfr. l. 7 § 7, l. 50 pr. — und l. 5 § 3 und 4 D XXIII, 1). Die heutige Rechtsanschauung wird in diesem Punkt keine andere sein; die rechtliche Lage des Gläubigers ist durch die Leistung von Seiten des Nichtschuldners nicht verbessert, er hat nur erhalten, was er zu fordern hatte, ist also insofern nicht bereichert, obwohl thatsächlich seine Lage sehr verbessert sein kann, wenn z. B.

der Schuldner zahlungsunfähig war. — Die Leistung des B an A für T, sahen wir, ist immer eine Liberalität im weiteren Sinn, eine Schenkung nur dann, wenn B auch ohne aktiven Rechtsgrund, d. i. ohne die Absicht, den T sich zum Ersatz zu verpflichten, gehandelt hat (nach Windscheid freilich, Pand. §. 365 n. 5., welcher jede Schenkung um jeden Preis zu einem Vertrag stempeln will, müssen die oben angeführten Stellen l. 7 § 5, l. 50 pr. D XXIII, 1 „sich die Hineintragung gefallen lassen (!), daß die Annahme des Beschenkten in ihnen vorausgesetzt werde); wie aber, wenn B durch die Leistung an A den T sich verpflichten wollte? Ein sicheres Mittel hierzu hat er, wenn er sich die Klage des A abtreten läßt; unterläßt er dies, so wird ihm an sich die Klage aus der unbeauftragten Geschäftsführung nicht zu verweigern sein; aber selbstverständlich kann er mit derselben nicht mehr bezwecken, als er mit der abgetretenen Klage des Gläubigers erreicht hätte oder als dieser selbst, wenn er an der Stelle des B klagen würde, erhielte; wenn daher B den A am letzten Tag vor Ablauf der Verjährung der Forderung bezahlt, so wird seine acht Tage später gegen T erhobene Klage abzuweisen sein, die cedirte Klage als verjährt, die Klage aus der Geschäftsführung als unbegründet, weil letztere für T weder nothwendig noch nützlich war.

Wenn, was T dem A schuldet, B dem A zu leisten verspricht, so ist damit A noch nicht bezahlt, daher auch — sind wir geneigt zu folgern — T von seiner Verbindlichkeit noch nicht befreit. Diese Folgerung hat aber das römische Recht nicht gezogen und eben so wenig zieht sie das heutige Recht. Das römische Recht hat sie nicht gezogen: wenn Sejus den Titius fragt: „Versprichst Du mir zu geben, was Mävius mir schuldet?" und Titius antwortet: „Ich verspreche es", so tritt an die Stelle der — dadurch aufgehobenen — Verbindlichkeit des Mävius die neue Verbindlichkeit des Titius: fit novatio, auch wenn Mävius an dem Vorgang völlig unbetheiligt ist. — Zu den zahlreichen Inconsequenzen und Unbegreiflichkeiten unserer romanistischen Doctrin gehört auch die, daß die novatio überall als ein Bestandtheil des heutigen (römischen) Rechts behandelt wird; vollkommen mit demselben Recht könnte man dies auch von der stipulatio sagen, woran doch kein Mensch denkt; denn die Novation ist gar nichts Anderes, als eine bestimmte Art oder Anwendung der Stipulation; wer mit dem geringsten Grad von Aufmerksamkeit den Digestentitel de novationibus liest, muß sich davon überzeugen, daß die Novation des (klassischen) römischen

Rechts niemals anders als in der Form der Stipulation erfolgte; es mag sein, daß zu Justinians Zeit, als die Bedeutung der stipulatio der verkommenen Jurisprudenz verloren gegangen war, auch die bestimmte Form für die dem Namen nach noch beibehaltene Novation nicht mehr beobachtet wurde: allein damit hörte eben die Novation auf, Novation zu sein; ganz richtig sagt Windscheid (Pand. §. 353 n. 1): „Novation ist nicht Aufhebung eines Forderungsrechts mit gleichzeitiger Begründung eines neuen, auch nicht Aufhebung um der Begründung willen, sondern Aufhebung durch Begründung, sie ist ein einheitlicher Akt.“ Aber eben dieser einheitliche Akt ist nur als ein Formalakt denkbar; sowie die Kunstform wegfällt, haben wir nichts mehr als die Aufhebung eines Forderungsrechts und die gleichzeitige Begründung eines neuen; die Einheitlichkeit, welche zur Folge hat, daß, wenn die frühere Verbindlichkeit eine bedingte war, auch die neue bedingt, — wenn die frühere nichtig war, auch die neue nichtig ist, diese Einheitlichkeit ist nothwendig verloren. Wenn heute der Schuldner aus einem Kauf dem Gläubiger einen Wechsel über die Kaufpreissumme ausstellt und dieser jenem dafür den Schuldschein zurückgiebt, so wird man dieses Geschäft vielfach eine Novation nennen; aber was liegt hier von einer solchen vor außer dem Namen? Wenn der Kaufvertrag ein bedingter war, ist darum auch die Wechselschuld eine bedingte, ist sie nicht vorhanden, wenn die Bedingung hinfällig wird? ist sie nichtig, wenn der Kauf nichtig war?! Anfechtbar und nichts weiter, anfechtbar also nur dem ersten Wechselnehmer gegenüber ist in diesen Fällen das Wechselversprechen, anfechtbar, weil es in irrthümlicher Unterstellung eines Rechtsgrundes gegeben war; die Nichtigkeit des römischen Formalversprechens des neuen Schuldners folgte von selbst aus der Nichtigkeit der alten Schuld: Spondesne dare, quod Titius dare debet? Wenn Titius nichts zu geben schuldig ist, weil seine Verbindlichkeit nichtig ist, so hat der neue Schuldner zu geben, was der alte: Nichts. — War die echte novatio ein Formalversprechen, eine verborum obligatio, so war eine novatio tacita eine vollkommene Unmöglichkeit; davon hatte freilich schon Justinian keine Idee mehr, es ist daher begreiflich, wenn unsere modernen Juristen auch nicht daran denken.

Ist aus unserem Recht das römische Formalversprechen verschwunden und ist das moderne Formalversprechen etwas hiervon ganz verschiedenes, so giebt es im heutigen Recht auch keine echte Novation mehr; ist es aber darum unmöglich, durch das Uebereinkommen zweier

rsonen die Verbindlichkeit eines Dritten gegen eine von diesen auf-
ren zu lassen? Keineswegs! — Wir haben oben gesehen: zur Ent-
hung einer Verbindlichkeit genügt nach heutigem Recht das Geben
nd das Nehmen (Annehmen) des formlosen Worts (wenn wir
en aus Anlaß des „reinen“ Vertrags die Bildersprache als etwas
ir den Juristen Bedenkliches bezeichnet haben, so glauben wir uns
ieses Fehlers doch nicht dadurch schuldig zu machen, daß wir vom
eben und Nehmen des Wortes reden; es ist die Sprache des
Volks, des Lebens, deren wir uns bedienen, und aus welcher uns die
Rechtsanschauung des Volkes am besten verständlich wird); das deutsche
wie das römische Recht, die deutsche wie die lateinische Sprache fassen
die persönliche Verbindlichkeit, die Verpflichtung (wir werden ja
das Wort wohl auf den Stamm „flechten“ zurückführen dürfen), die
obligatio auf als ein Band, welches um zwei Personen geschlungen
ist; zur Entstehung der Verbindlichkeit der obligatio gehören nach
dieser Anschauung nothwendig zwei Personen, die eine, der Schuldner,
welche es sich anlegt, die andere, der Gläubiger, welche es ergreift;
das römische Recht, haben wir gesehen, legt diese Wirkung nur dem
förmlichen —, das deutsche Recht auch dem formlosen Wort bei; so
aberwitzig waren aber weder die Römer noch die Deutschen jemals,
daß sie eine fertige Verpflichtung aus dem gegebenen, aber noch
von Niemand angenommenen Wort entstehen ließen; es wäre
dies gerade so vernünftig gewesen, wie wenn Jemand sagen wollte:
das Roß, welches mit einem Halfter um den Hals sich im Freien
tummelt, sei in der Gewalt des Reiters, weil er es ja an dem Halfter
fassen könne; zu solcher Weisheit versteigen sich zwar zuweilen Ge-
lehrte, niemals aber ein gesundes Volk! — Mit der Aufhebung, der
Lösung der Verbindlichkeit verhält es sich augenscheinlich anders: fah-
ren lassen, lösen kann der Gläubiger das Band, an welchem er den
Schuldner hält, auch ohne dessen Mitwirkung, durch sein einseitiges
Wort, durch Verzicht; dem formlosen Wort diese befreiende Wirkung
beizulegen, wäre vom römischen Recht ebenso inconsequent gewesen, als
sich diese Wirkung für das deutsche Recht von selbst versteht; letzteres
freilich mit einer Einschränkung: so lange der Schuldner das Band,
welches der Gläubiger losgelassen hat, noch nicht aufgewickelt oder von
sich abgestreift hat, kann der Gläubiger es wieder ergreifen, oder auch:
so lange der Schuldner, dem das Band abgenommen ist (jenem Roß
gleich), stehen bleibt und wartet, ob man es ihm nicht wieder anlegt,

so lange kann der Gläubiger ihn wieder binden, sein Forderungsrecht wieder ergreifen. In diesem Sinn und in keinem andern ist der Satz wahr, daß zum wirksamen Verzicht auf ein Forderungsrecht Annahme des Verpflichteten nothwendig sei. Die Novation des klass. römischen Rechts enthielt nothwendig einen Verzicht (die sog. novatio cumulativa ist keine Novation), und die expromissio befreite den alten Schuldner ganz ohne sein Zuthun; und ebenso: wenn ich mit Vorbedacht als Wechselgläubiger den Wechsel zerreiße oder verbrenne, so ist dies nichts als der Verzicht auf meine Forderung aus dem Wechselversprechen, und wenn mich die That reut und ich Amortisation des Wechsels begehre, so wird mir diese niemals gewährt werden, wenn der Wechselschuldner den wahren Hergang bei der Vernichtung des Wechsels darzuthun vermag.

Also nochmals: eine Novation (oder gar einen Novationsvertrag, wovon z. B. Windscheid redet) giebt es im heutigen Recht nicht, und zu unseren Gesetzgebern haben wir das Vertrauen, daß sie keinen Versuch machen werden, eine solche zu schaffen. Das Mittel, um durch bloßes Wort einen Dritten von seiner Verbindlichkeit zu befreien und diese doch aufrecht zu erhalten, ist die qualificirte Schuldübernahme, d. h. die Schuldübernahme mit gleichzeitigem Verzicht des Gläubigers auf die alte Schuld. Die Schuldübernahme an und für sich ist keine expromissio, sondern ein einfaches Versprechen; daß aber der hiergegen erklärte Verzicht des Gläubigers unwiderruflich ist, ist mit dem Wesen der obligatio durchaus verträglich; bei der einfachen Schuldübernahme erklärt der neue Schuldner: er wolle sich ein Band anlegen und dessen anderes Ende dem Gläubiger in die Hand geben; bei der qualificirten Schuldübernahme, beim Schuldübernahmevertrag, erklärt er: er wolle sich dasjenige Band anlegen, durch welches bisher der alte Schuldner an den Gläubiger gefesselt war; dies ist nicht anders möglich, als daß der Gläubiger dem alten Schuldner das Band abnimmt; unwiderruflich wird dessen Befreiung, sobald er von der Schuldübernahme Kenntniß erhält; vorher wird sie dies nur, wenn seine Verbindlichkeit eine solche aus dem modernen Formalversprechen war, und dessen Träger, die Urkunde, bei der Schuldübernahme vernichtet wird. — Auch hier also sehen wir wieder den Gegensatz zwischen dem deutschen und dem römischen Recht, zwischen dem einseitigen Formalversprechen und dem formlosen zweiseitigen Vertrag: die expromissio ist ein einseitiges Versprechen, die qualificirte Schuld-

Übernahme ein (auf Leistung und Gegenleistung, nämlich Verzicht gerichteter) Vertrag; für diesen hat die Vorschrift, daß die Absicht der Befreiung des alten Schuldners unzweideutig kundgegeben sein müsse (L. 8 C. de novat.) die beinahe selbstverständliche Bedeutung: Verzichte werden nicht vermuthet.

b. Verträge zu Gunsten Dritter.

Schließlich haben wir noch die Frage nach dem Erwerb von Forderungsrechten aus den Rechtsgeschäften (unbevollmächtigter und nicht geschäftsführender) Dritter kurz zu behandeln; es ist dies im engeren Sinn die Frage nach der Gültigkeit der sog. Verträge zu Gunsten Dritter; diese Frage muß, um richtig beantwortet zu werden, sofort in die zwei wesentlich verschiedenen Fragen aufgelöst werden: 1) inwiefern ist ein Rechtsgeschäft, wodurch Jemand einem Andern sich verpflichtet, an einen Dritten etwas zu leisten, gültig? 2) welche Wirkungen hat die gültig übernommene Verpflichtung für den Dritten? Sodann ist weiter zu unterscheiden: entweder handelt es sich um eine bereits bestehende oder aber um eine erst neu zu begründende Verbindlichkeit.

Wenn A sich dem B verpflichtet, an T zu leisten, was er nicht dem B, wohl aber dem T schon zuvor schuldig ist, so entsteht aus diesem einseitigen Versprechen keine Verbindlichkeit, und kann nicht entstehen, weil sie bereits besteht; es liegt in diesem Versprechen allerdings ein Anerkenntniß der Schuld an T, und dieses kann, wenn es zwischen A und T zum Prozeß kommt, als Beweismittel für T von Werth sein; aber am materiellen Recht wird dadurch nicht das Mindeste geändert, außer sofern in dem Anerkenntniß ein Verzicht gefunden werden kann; wenn z. B. ein Minderjähriger ohne Mitwirkung des Vormunds einen Vertrag geschlossen hat und, volljährig geworden, einem Dritten die Erklärung abgiebt: „Ich werde den mit dem A geschlossenen Vertrag erfüllen, ich werde ihm, ohne mich auf meine Minderjährigkeit zu berufen, das Darlehen, das ich bei ihm aufgenommen, zurückbezahlen, Du kannst dies dem A sagen", so ist dies ein Verzicht auf sein Recht der Anfechtung, den er zwar widerrufen kann, so lange der Dritte den Auftrag noch nicht ausgerichtet hat (denn er kann ja den Auftrag beliebig widerrufen), an den er aber gebunden ist, wenn A von ihm Kenntniß erhalten hat; daß aber die zuvor bestandene, bloß natürliche Verbindlichkeit jetzt eine vollgültige, klagbare ist, darf nicht als Folge des dem Dritten gegebenen Versprechens, sondern nur als Folge des

zur Kenntniß des A gebrachten Verzichts angesehen werden. Ist dagegen die Schuld des A an T nichtig, so kann sie durch das Versprechen des A gegenüber dem B nicht gültig werden; im einzelnen Fall mag es sich fragen, ob vielleicht ein Schenkungsversprechen vorliegt, welches A den B beauftragt, zur Kenntniß des T zu bringen. – Wenn A sich dem B verpflichtet, an T zu leisten, was er nicht dem T, wohl aber dem B schuldig ist, so ist dies ein vollkommen gültiges Versprechen, wie es täglich in Verbindung mit der Anweisung vorkommt; im vorigen Fall würde der Klage des B aus dem Versprechen des A, den T zu bezahlen, geradeso wie der Klage des Mandanten aus einem mandatum tua gratia (l. 2 D. XVII. 1) die Einrede entgegenstehen: „tua non interest“, d. h. „es fehlt meinem Versprechen Dir gegenüber nicht blos jeder Rechtsgrund, sondern überhaupt jeder Grund: ich habe durch das Versprechen Dich nicht zu einer Leistung verpflichten, noch auch mich von einer Verpflichtung befreien, und ebensowenig dadurch Dir eine Liberalität erweisen wollen; ein ohne Grund gegebenes Versprechen aber ist ein unvernünftiges Versprechen, und ein solches erzeugt kein Klagerecht.“ In unserem Fall dagegen ist das Interesse des Empfängers des Versprechens von selbst gegeben; war einmal eine Schuld des Versprechenden begründet, so muß er sie bezahlen, ohne fragen zu dürfen, ob die Erfüllung für den Gläubiger Werth habe oder nicht, ob dieser verständig oder unverständig über die Leistung verfügt. — Damit aber ein Schuldverhältniß zwischen A und T entstehe, ist es nothwendig, daß T das Band ergreife, an welchem B den A hält; ob B es ihm behändigen will, ist seine Sache; ob die Behändigung eine widerrufliche oder eine unwiderrufliche sein soll, und ob mit dieser Behändigung das Schuldverhältniß zwischen A und B aufhören oder neben demjenigen zwischen A und T fortdauern soll, in der Art, daß A entweder an B oder an T zahlen kann, darüber muß gleichfalls der Parteiwille entscheiden; besonderer Formen bedarf die Behändigung nicht.

Handelt es sich um eine neu zu begründende Verbindlichkeit gegenüber dem an dem Rechtsgeschäft unbetheiligten Dritten, so ist deren Gültigkeit an sich wiederum vom Vorhandensein eines Rechtsgrundes abhängig; wenn A sich dem B für eine von dem letztern zu erhaltende Gegenleistung verpflichtet, dem T etwas zu leisten, so ist damit der passive Rechtsgrund für die Leistung des A, wie der aktive Rechtsgrund für die Gegenleistung des B gegeben, somit ein Zweifel daran,

daß A dem B für Erfüllung des Vertrags haftet, nicht möglich, wobei es — in dieser Beziehung — gleichgültig ist, ob B dadurch, daß er sich von A die Leistung an T versprechen läßt, eine seinerseits gegen den letztere bestehende Verbindlichkeit zu erfüllen beabsichtigt oder nicht. Wenn dagegen A dem B, ohne von ihm eine Gegenleistung zu erhalten, eine Leistung an T zusagt, so steht wiederum der Klage des B auf Erfüllung des Versprechens die Einrede entgegen: „tua non interest, das Dir gegebene Versprechen ist als ohne vernünftigen Grund Dir gegeben nichtig"; und wenn es dem B gegenüber nichtig ist, so ist es Jedermann gegenüber nichtig, weil jede Nichtigkeit eine „absolute" ist. Also: an sich rechtsgültig ist der Vertrag zu Gunsten eines Dritten, ungültig das Versprechen zu Gunsten des Dritten, wobei natürlich wieder von dem Fall abgesehen wird, wo der Empfänger des Versprechens nicht sich will versprechen lassen, sondern nur das dem Dritten gegebene Versprechen in Empfang nimmt, um es dem Dritten zu behändigen (wo er sozusagen nur den Naturalbesitz, die detentio, des ihm gegebenen Worts, nicht den juristischen Besitz mit animus domini ergreifen will), m. a. W.: wo er nur als Stellvertreter des Dritten handelt oder sich dem Versprechenden als Boten an den Dritten anbietet.

Was nun aber die Rechte des Dritten aus dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag angeht, so muß auch hier als Regel der Satz anerkannt werden, daß Niemand Gläubiger aus gegebenem Wort werden kann, ohne Gläubiger werden zu wollen, daß zur Begründung einer Verbindlichkeit das Ergreifen des Bandes von Seiten desjenigen nothwendig ist, welcher den Verpflichteten an demselben halten soll, und daß es Sache desjenigen ist, welchem das Wort gegeben worden, ob er solches demjenigen, zu dessen Gunsten es gegeben worden, behändigen will, sowie daß der Empfänger des Worts, solange er es dem Dritten nicht begeben hat, befugt ist, es dem Geber zurückzugeben, d. h. ihn von demselben zu entbinden; daß das Gegentheil, nämlich die Begründung eines unwiderruflichen Rechtes des Dritten, auch wenn er von dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag noch nicht einmal Kenntniß erlangt habe, der deutschen Rechtsanschauung entspreche, ist eine durchaus willkürliche Behauptung, wie wir schon oben nachgewiesen zu haben glauben; wenn Jemand sein Leben zu Gunsten eines Dritten versichert, diesem aber weder die Versicherungspolice aushändigt, noch ihm sonst irgendwie Kenntniß von dem Vertrag giebt

hernach in ungünstige Verhältnisse kommt und die Versicherung rückgängig machen will, weil er nicht nur die Prämien nicht weiter bezahlen kann, sondern das Bezahlte oder einen Theil desselben zurückzuerhalten ihm sehr erwünscht sein muß: soll hier der Dritte, welcher zufällig von der Versicherung Kenntniß erhalten hat, das Recht des Einspruchs gegen die Aufhebung der Versicherung oder gar das Recht haben, den Versicherer zur Fortzahlung der Prämien zu zwingen? Wenn Jemand zu Gunsten seines Dieners eine Einlage in eine Sparkasse macht mit dem Vorsatz, später einmal dem Diener durch Uebergabe des Sparkassenscheins eine angenehme Ueberraschung zu bereiten, der Diener macht sich aber eines Verbrechens (nicht gerade gegen seinen Herrn) schuldig, welches ihn ins Zuchthaus bringt: soll derselbe, wenn er zufällig von der Einlage erfährt, das Recht haben, vom Zuchthaus aus seinen frühern Herrn auf Herausgabe des Sparkassenscheins zu belangen? Dies ist weder germanische, noch überhaupt irgend eine Rechtsanschauung, sondern einfach Verkehrung aller gesunden Rechtsbegriffe! — Es kann ja sein, daß die Statuten der Lebensversicherungsbank, denen sich der Versicherungsnehmer bei Abschluß des Vertrags unterwirft, eine Rückgängigmachung des Vertrags mit der Wirkung, daß ein Theil der gezahlten Prämien zurückgegeben wird, ausschließen, oder daß nach den Statuten der Sparkasse die Einlage nur von demjenigen erhoben werden kann, auf dessen Namen sie gemacht ist; allein daraus folgt nichts weiter, als daß im ersten Fall der Versicherungsnehmer regelmäßig, um womöglich die Versicherung nicht erlöschen zu lassen, von derselben dem Versicherten Kenntniß geben und ihm anheimstellen wird, ob er durch Fortzahlung der Prämien dieselbe aufrecht erhalten will, — und daß im zweiten Fall der eingelegte Betrag der Sparkasse zufällt.

Wollte man jedoch die Regel strenge durchführen, so wäre das Ergebniß häufig im Widerspruch mit dem Willen desjenigen, welcher sich die Leistung an den Dritten hat versprechen lassen und würde zu ungerechtfertigter Bereicherung des Versprechenden führen. Darum hat schon das römische Recht in einzelnen Fällen ein Klagerecht des Dritten anerkannt und die Erscheinungen des heutigen wirthschaftlichen Lebens nöthigen dazu, solches in erweitertem Umfang zuzulassen. — Zu weit zwar geht Windscheid (Pand. § 316), wenn er aus jeder Vermögenszuwendung mit der Auflage einer Herausgabe (sei es des Zugewendeten oder einer andern Sache) an einen Dritten

sem ein unwiderrufliches Forderungsrecht erwachsen läßt; es soll dies e gewohnheitsrechtliche „Ausdehnung der Vorschrift der l. 3 C de nat. quae sub modo VIII. 55“ sein; allein hier ist nur gesagt, ß der Dritte „juxta donatoris voluntatem“ ein Klagerecht haben lle: nach dem vermuthlichen Willen des Schenkers: so lange der chenker noch lebt, bedarf es keiner Vermuthung über seinen Willen, eil er selbst ihn zur Gewißheit bringen kann, entweder durch Klagrhebung gegen den Beschenkten oder durch Abtretung seines Forderungsechts an den Dritten; anders wenn er stirbt, ohne das Eine oder as Andere gethan zu haben (dies ist der Fall der l. 3 cit.: die Marcella ist die Dritte, zu deren Gunsten ihre verstorbene Schwester inem von ihr Beschenkten eine Auflage gemacht hat), die Erben des Schenkers haben hier regelmäßig kein Interesse am Vollzug der Auflage, im Gegentheil: ihr Interesse ist es, daß dieselbe nicht vollzogen werde, weil sie dann ein Rückforderungsrecht gegen den Beschenkten erhalten; dieser Erfolg entspricht aber dem Willen des Schenkers nicht, und darum gestattete eine benigna juris interpretatio dem Dritten eine Klage auf Vollzug, aber nicht contra, sondern juxta donatoris voluntatem. Ganz ebenso werden wir in den obigen Beispielen, wenn der Versicherungsnehmer oder Einleger stirbt, ohne seinen Willen geändert zu haben, demjenigen, auf dessen Namen die Versicherung oder die Einlage erfolgte, ein Klagerecht gegen den Versicherer oder die Sparkasse, bezw. gegen die Erben einräumen, in deren Händen sich die Versicherungspolice oder der Sparkassenschein befinden, — vorausgesetzt, daß die ihm gemachte Zuwendung nicht als Schenkung ungültig ist, sei es wegen zu hohen Betrags oder wegen mangelnder Form; die Schenkungsverbote, so lange sie bestehen, müssen überall, also auch auf die auf Umwegen bewirkten Schenkungen angewandt werden; aber freilich müssen gerade die Verträge zu Gunsten Dritter dem Gesetzgeber die Frage nahe legen, ob es nicht angezeigt sei, diese Verbote, vor Allem, soweit sie Nichtigkeit der Schenkung aussprechen, aufzuheben.*)

Ein sofortiges und unwiderrufliches, nicht erst mit dem Tode des Promissars entstehendes Klagerecht wird nach heutiger Rechtsauanschung

*) Die durchaus willkürliche Androhung der Nichtigkeit führt bei diesen Erscheinungsformen des modernen Wirthschafts- und Verkehrslebens zu einer Reihe beinahe unlösbarer Schwierigkeiten, welche hier nur angedeutet werden können; welcher Betrag ist als geschenkt anzusehen? welche Formen sind für den Vertrag zu Gunsten des Dritten zu wählen, die für Schenkungen unter Lebenden

dem Dritten da zuzuerkennen sein, wenn nachweislich der Wille des Promissars hierauf gerichtet war; dieser Wille wird sich häufig aus den Umständen ergeben; und das Gesetz mag eine Vermuthung für denselben aufstellen in allen den Fällen, wo der Promissar durch die dem Empfänger seiner Leistung zu Gunsten des Dritten auferlegte Gegenleistung dem Dritten keine Liberalität erweisen will, sondern diesen Weg wählt, um sich ihm gegenüber einer Pflicht des Rechts oder der Billigkeit (wie bei bäuerlichen Gutsübergaben mit Auflagen zu Gunsten von Geschwistern u. s. w.) zu entledigen.

---

oder die für Schenkungen von Todes wegen vorgeschriebenen? Unterliegt die Zuwendung an den Dritten, wenn er Erbe des Promissars ist, der Collation? u. s. w. Alle diese Schwierigkeiten lassen sich nicht auf theoretischem Wege, sondern nur durch das Eingreifen der Gesetzgebung beseitigen.

X.

Welche Wirkung hat ein während bestehender Ehe abgeschlossener Vertrag über den Ausschluß der Gütergemeinschaft für die vorhandenen Gläubiger?

Von Herrn Appellationsgerichts-Rath Rassow in Greifswald.

Man liest häufig gerichtliche Bekanntmachungen, wonach Eheleute, welche bisher unter Gütergemeinschaft gelebt haben, diese fortan durch Vertrag ausschließen. Es wird selten die Annahme trügen, daß für die Paziscirenden vermögensrechtliche Verlegenheiten den Anlaß zu diesem Schritte gegeben haben. Geräth der Ehemann in Processe und befürchtet Exekutionen, so versucht er bei bestehender Gütergemeinschaft durch den Ausschluß derselben, bei Dotal-Recht durch Ueberlassungs-Verträge mit der Frau oder nahen Verwandten das Eigenthum an den zur Befriedigung der Gläubiger verwendbaren Vermögensstücken zu verwandeln. Dies Mittel erscheint um so empfehlenswerther, als thatsächliche Aenderungen oder Entbehrungen für den Mann damit nicht verknüpft sind. Man findet wohl kaum ein Beispiel, daß beim Abschluß des Vertrages das bisher gütergemeinschaftliche Vermögen der Frau inventarisirt und festgestellt wird. Sollte auch bei Grundstücken und ausstehenden Capitalien das Eigenthum der Frau durch besondern Akt klar gelegt werden müssen, so bleibt doch Genuß und Verwaltung derselben, und vollends die ganze Fahrniß unverändert in den Händen des Mannes. Ein ähnliches Resultat erreicht man mit den bekannten Kaufverträgen, welche durch constitutum possessorium den Besitzübergang vermitteln. Hinsichtlich dieser Verträge ist die neuere Gesetzgebung, namentlich in Preußen, vielfach helfend eingeschritten, und auch das Gemeine Recht bietet unter gewissen Umständen in der actio Pauliana ein Schutzmittel. Ist eine ähnliche

gesetzliche Hülfe auch gegen die Verträge, durch welche die Gütergemeinschaft während der Ehe ausgeschlossen wird, erforderlich? Die Antwort hängt wesentlich davon ab, welche Wirkung der Vertrag auf die bereits vorhandenen Gläubiger äußert. Die Absicht der Contrahenten geht meistens dahin, daß durch den Vertrag das bisher in der Hand des Mannes vereinigte Vermögen in seine ursprünglichen Bestandtheile zerlegt, und die Frau fortan wieder Eigenthümerin der von ihr in die Ehe gebrachten Habe werden soll. Die Ehegatten wollen nach Dotal-Recht leben. Ein der Frau später anfallender Erwerb soll ihr zu Eigenthum gehören, und der rechtlichen Disposition des Mannes sowie dessen Gläubiger entzogen sein.

Der Satz, daß in Folge des vertragsmäßigen Ausschlusses der Gemeinschaft für die Güterverhältnisse der Ehegatten das Römische Recht als gesetzliche Norm eintritt, kann als herrschende Lehre bezeichnet werden.[1]) Sofern die Eheleute sich nicht einem bestimmten andern Güterrecht unterwerfen, gilt für sie die allgemeine Regel. Man mag auch als richtig annehmen, daß für künftige Gläubiger der Ausschluß der Gütergemeinschaft maßgebend ist, wenn der Vertrag in vorgeschriebener Form abgeschlossen wird. Findet dieser Grundsatz auf die vorhandenen Gläubiger ebenfalls Anwendung? Stehen ihnen fortan zwei Massen mit verschiedenen Repräsentanten gegenüber? oder ruft rücksichtlich ihrer der Vertrag der beiden verhafteten Eheleute keine Aenderung hervor?

Die Frage ist von großem practischem Interesse. Wo Verträge der bezeichneten Art vorkommen — und das geschieht leider häufig, — neigen die Gerichte dazu, die Interventionsklagen der Frau zuzulassen. Es liegen die Argumente so nahe: die Eheleute haben die Gütergemeinschaft ausgeschlossen, also leben sie nach Dotalrecht. Für den Gläubiger kann ein zweites Güterrecht nicht bestehen. Man erkennt zwar an, daß die Lage des Gläubigers niemals durch den Vertrag

---

[1]) cf. Runde, deutsches eheliches Güterrecht, §. 156. pag. 344. Ob der Grundsatz in allen Fällen zutrifft, mag dahingestellt bleiben. Die Frage, welches Güterrecht für die Ehegatten selbst nach Ausschluß der Gemeinschaft gilt, bietet Schwierigkeiten dar, denen ich vielleicht später näher zu treten Gelegenheit finde. — Ich fasse hier ferner nur den Fall ins Auge, daß die Ehegatten in allgemeiner Gütergemeinschaft oder Gütervereinigung leben. Daß durch andere Systeme Modificationen eintreten können, gebe ich zu. Die Berücksichtigung singulärer Rechtsverhältnisse würde die Grenzen dieser Abhandlung überschreiten.

verschlechtert werden darf, und läßt deshalb das früher gemeinschaftliche Vermögen ihm auch in Zukunft haften. Aber der Klage der Frau darf er sich nicht entziehen.

Die thatsächliche Folge dieser Ansicht ist, daß der Gläubiger mit endlosen Schwierigkeiten, namentlich in der Beweisinstanz zu kämpfen hat, und wohl in den meisten Fällen unterliegt. Dennoch halte ich ein Einschreiten der Gesetzgebung nicht für geboten. Es läßt sich, wie ich glaube, der Beweis führen, daß jene Ansicht unrichtig ist, und daß der Vertrag der Ehegatten für den frühern Gläubiger keine Aenderung des Güterrechts zur Folge hat.

Das ältere deutsche Recht bietet zur Entscheidung dieser Frage wenig Material. Die Bestimmungen desselben über das eheliche Güterrecht waren fast durchgängig absoluter Natur[2]). Aehnlich die meisten Statuten. Auch der Sachsenspiegel sagt (I. 31 §. 2):

> Swenn en man wif nimt, so nimt he in sine gewere al ir gut to rechter vormuntscap; dar umme ne mach nen wif ihreme manne nene gave geven an irme egene, noch an irer varende have, dar se't iren rechten erven mede verene na irme dode; wende die man ne mach an sines wives gude nene andere were gewinnen, wen alse he to dem irsten mit ire untvieng in vormuntscap.

Der Grundsatz, daß das eheliche Güterrecht zum sog. vermittelnden Rechte gehört, also durch den Willen der Ehegatten bestimmt werden kann, ist das Product einer späteren gewohnheitsrechtlichen Entwickelung. Welche Factoren hierbei mitgewirkt haben, ob die germanische Sitte der Eheberedungen namentlich in den Städten, oder der Gegensatz des deutschen zum römischen Dotalrecht von entscheidendem Einfluß gewesen ist, kann auf sich beruhen bleiben. Jedenfalls sind die älteren Rechtsanschauungen schon seit Jahrhunderten zurückgedrängt, und es steht in der Theorie und Praxis unangefochten fest, daß bei Eingehung der Ehe die Ehegatten bestimmen können, nach welchem Güterrecht sie leben wollen. Daß hin und wieder namentlich das commerzielle Interesse Modificationen zu Gunsten der Gläubiger in den Statuten hervorgerufen hat[3]), steht der Regel nicht entgegen. Die Ansicht von Cropp

---

[2]) Gerber, d. P. R., §. 229. Runde, Eheliches Güterrecht §. 155, 156.

[3]) cf. Westphal, das Teutsche und Reichsständische Privatrecht, II. pag. 24. §. 21, und Riccii Entwurf von Stadtrezessen, Buch II., Hauptstück X., §. I. und VI. (1740).

(Heise u. Cropp, Juristische Abhandlungen II. pag. 490), daß d vertragsmäßige Ausschluß der Gütergemeinschaft unzulässig sei, weil d eheliche Vormundschaft mit ihren Folgen ein Institut des öffentlich Rechtes ist, hat nirgends Anklang gefunden. Gestritten wird n darüber, ob die öffentliche Bekanntmachung des Vertrages bei E gehung der Ehe nöthig ist. Man muß unterscheiden. Für die E gatten selbst läßt sich ein allgemeines Gewohnheitsrecht, wonach Bekanntmachung nöthig ist, kaum nachweisen, wenn auch die Parti larrechte vielfach eine derartige Vorschrift enthalten. Dagegen re fertigt das Interesse des Verkehrs hinsichtlich der Gläubiger die No wendigkeit der Bekanntmachung, wenigstens in denjenigen Gegend wo gesetzlich allgemeine Gütergemeinschaft gilt. Diese Ansicht ist a in der Praxis vertreten (cf. Seuffert's Archiv Bd. 21 Nr. 61, Ja und Beseler l. c. §. 142, Runde l. c. §. 165).

Einen viel härtern Kampf hat die weitere Consequenz der v tragsmäßigen Bestimmung des ehelichen Güterrechts hervorgerufen, nach auch während der Ehe die kraft Gesetz oder Vertrag besteh Gütergemeinschaft ausgeschlossen werden darf. Das Bild der Zersp terung, welches unsere deutsche Rechtsentwickelung kennzeichnet, ersch bei keiner Materie schärfer als hier. Unter dem Einflusse des rö schen Rechts neigte die Jurisprudenz dazu, die Vertragsfreiheit m lichst auszudehnen. Dem widerstrebte von der andern Seite das I teresse der Gläubiger. Namentlich die Hansestädte bewiesen sich Gunsten des Kaufmannsstandes sehr spröde gegen Zulassung dera Verträge. Es kann nicht der Zweck dieses Aufsatzes sein, die R bildung, wie sie uns in den Statuten und Particularrechten ent tritt, erschöpfend darzustellen. Es wird genügen, die Hauptphase Kampfes an einzelnen Beispielen zu erläutern.

An einigen Orten siegte die Ansicht, daß den Ehegatten die hebung der bestehenden Gütergemeinschaft frei stehe. Es wurden stens Vorschriften für erforderlich erachtet, um den Beweis de schlusses zu sichern, oder den Vertrag kundbar zu machen. So das Statut der Stadt Freiberg vom Jahre 1676 cap. VI. §. 1

> Die Ehestiftungen mögen sowohl vor als nach vollz Ehe abgeredet und aufgerichtet werden,

und verlangt nur die Zuziehung von 2 Zeugen.

[1]) Herausgegeben von Gerlach, Freiberg 1803. Ebenso das Bamberger recht nach Roth. Bayerisches Civilrecht. I. §. 62 Nt. 1.

In der Lippeschen Verordnung vom Jahre 1786 §. 32 [5]) heißt es:

Dagegen steht es den Eheleuten zu jeder Zeit frei, die Communion wieder durch Vertrag zu endigen.

Es wird jedoch hinzugefügt, daß solche Aufhebung den Creditoren, die schon Forderungen an die Gemeinschaft haben, unnachtheilig ist; im Interesse künftiger Creditoren soll die Bekanntmachung des Vertrages erfolgen.

Andere Statuten entzogen dem Vertrage jede rechtliche Wirkung. Hierher gehört die Frankfurter Reformation (publizirt 1578), welche Theil III. Titel 7 §. 14 bestimmt:

Es soll auch hierin das Weyb eynig Heurathsabrede, Verschreibung, Beding, oder andere Pacta nicht fürtragen, noch entheben, sonder sie nichts desto weniger neben und zugleych dem Mann, und ire jedes in sonderheyt, verhafft sein.

Auch die Fuldaer Statuten lassen nur zu, daß die Ehegatten sich zu Anfang durch Ehepacta vereinigen; ebenso das Budissinische Statut.[6]) Aehnliche Bestimmungen enthält die Nürnberger Reformation Tit. 28. Ges. 6. Zuweilen [7]) gewähren die Statuten eine Frist, mit deren Ablauf die Befugniß zum Abschluß von Eheverträgen erlischt.

Der Standpunkt des Rostocker Stadtrechts ist folgender. Mit Vollziehung des Beilagers tritt Gemeinschaft der Güter zwischen den Eheleuten ein (I. 5. art. 5.), sofern diese nicht durch gerichtlich confirmirte und öffentlich bekannt gemachte Verträge ausgeschlossen wird (art. 6). Bleibt die Ehe unbeerbt, so darf die Frau im Concurse das dem Manne zugebrachte Vermögen zurücknehmen. Ueber Verträge während der Ehe sagt art. 11.:

Sind Ehe-Gatten beerbet, so können sie die eheliche Gemeinschaft der Güter, ratione der bereits vorhandenen Creditoren, und in Communion gekommenen Güter überall nicht, im Fall sie aber noch unbeerbt, nicht anders als mit des andern Ehegatten Bewilligung aufrufen, jedoch, daß es mit dieser Aufrufung ebenso gehalten werde, wie es art. 6 geordnet, wenn nemlich Ehe-Leute von Anfang der Ehe in solche Gemeinschaft der Güter nicht treten wollen.

Darnach sind zwei Fälle zu unterscheiden:

1. Die Ehe ist beerbt. Hier hat der Vertrag keine Wirkung

---

[5]) Kraut, Grundriß §. 211.

[6]) Riccii, Entwurf von Stadtgesetzen, II. 10. §. I und VI.

[7]) cf. Roth l. c. §. 52. Nt. 5.

sowohl hinsichtlich der vorhandenen Gläubiger, als der in Commu gelangten Güter. Dies tritt auch ein bei den s. g. Sonderguts-Vertr (cf. Runde, deutsch. ehel. Güt. R. § 167), und fasse ich den Sinn Gesetzes dahin auf, daß zu Ungunsten der Gläubiger auch nicht zelne Vermögensstücke aus der Communion ausgeschlossen wer sollen.[8])

2. Bei nicht beerbter Ehe kann durch Vertrag in den vorge schriebenen Formen die Gütergemeinschaft für die Zukunft aufgehoben werden.

Bei weitem die meisten Statute enthalten keine entscheidenden Bestimmungen. Dahin gehören z. B. die Hamburger Statuten von 1603. Sie lassen zwar Ehezärter zu (II. 11. art. 11 und III. 3 art. 8.), und regeln die Erbfolge mit Rücksicht auf die darin getrof fenen Abreden, erwähnen aber nicht, ob ein solches Gedinge auch nach Abschluß der Ehe und der in Folge dessen (II. 5. art. 10) eingetretenen Gütergemeinschaft Statt finden darf, und welche Wirkungen daraus für die bereits vorhandenen Gläubiger entspringen. Dasselbe Schweigen beob achtet das Lübische Recht. Bei der großen Bedeutung dieser beiden Statute nimmt es nicht Wunder, daß Wissenschaft und Praxis vielfach die Frage ventilirt haben, ob nach Eingehung der Ehe ein vertrags mäßiger Ausschluß der Gemeinschaft statthaft ist. Die Entscheidung dieser Frage erscheint über das Geltungsgebiet der beiden Statute hinaus von Wichtigkeit, weil sie als Anhalt dafür dienen kann, zu welchem Resultate das Deutsche Recht bei spontaner Entwicklung gelangt sein würde. Für das Hamburger Recht behauptet Cropp (l. c. pag. 490), es sei ein in der Praxis anerkanntes Prinzip, daß eine Ehefrau sich gegen die Gläubiger des Mannes auf geschlossene Ehepacten nicht berufen könne. Ohne Widerspruch ist diese Ansicht nicht geblieben. Außer den von Cropp citirten Autoren sagt auch Brockers[9]), daß Ehegatten vor und nach Eingehung der Ehe die Güte gemeinschaft beschränken können, fügt aber hinzu:

> nec creditores eorum communes obstringuntur, nisi publi cata fuerit renunciatio, et iis satisfactum.

---

[8]) Der Wortlaut des Gesetzes scheint mir deutlich für diese Auffassung z sprechen. Von einem Rostocker Juristen ist mir eine entgegenstehende Auslegu mitgetheilt.

[9]) Select. obs. forens. argum. XVII. No. 41.

Unter den Commentatoren des Lübischen Rechts geht Mevius davon aus,[10]) daß Verträge vor Eingehung der Ehe zulässig sind, fügt dann aber hinzu:

85. Deinde ad pacta dotalia. sub initio contractus matrimonialis inita, hoc saltem spectat. Omnibus integris pacto licet contractui legem dicere: sed ubi semel ex forma statuti matrimonium contractum et societas inita est, iis, quibus inde jus quaesitum. creditoribus nempe. et commerciorum securitati non licebit pacto nocere.

87. Nostro jure Lubecano secus est, quod non de quaesitis solum, sed et de iis. quae uxor attulit ad maritum, utut dotalibus, aes alienum solvere debet; ideoque non liberatur a nexu, nisi renunciatione et cessione omnium bonorum.

Dieser Ansicht des Mevius, daß Verträge durante matrimonio gänzlich zu verwerfen sind, hat die spätere Praxis nicht beigepflichtet. Brokes sagt 1765 in seinen Observationen[11]):

Vivente adhuc utroque conjuge bonorum communio cessat: 1, ob renunciationem. constante matrimonio factam (§. 41).

Der Satz ist also durchgedrungen, daß der Vertrag die bestehende Gemeinschaft aufhebt. Der Hinweis auf den oben mitgetheilten §. 41 läßt jedoch erkennen, daß hinsichtlich der bereits vorhandenen Gläubiger eine Ausnahme gemacht wurde. Für diese hört die Gemeinschaft nur auf, si iis satisfactum est.

Denselben Rechtszustand bezeugt auch C. F. Walch (Pries) 1774[12]).

Communio itaque bonorum inter conjuges, susceptis liberis stabilita, hanc inducit obligationem, eamque ob rationem etiam tam arcta firmaque inter eos est conjunctio, ut quis si forte ad incitas fuerit redactus, unus pro altero debeat respondere. Huic autem an renunciare liceat societati, et an uxor sua bona a mariti separare possit facultatibus. alia est quaestio.

Es wird ausgeführt, dies erscheine hinsichtlich der Ehegatten selbst und späterer Gläubiger, welche den Vertrag kennen müßten, zulässig. Dann heißt es weiter:

---

10) Comment. in Jus Lub. I. 5. art. 7. No. 81 ff. Geschrieben 1641.

11) argum. XVII. §. 44.

12) de discrimine bonorum uxoriorum jure Rostockiensi (et Lubecensi). Section II, §. XV.; cf. auch Bünelau, Bibliotheca jur. Lub. pag. 54.

Sed quod ad bona, quae semel ad communionem sunt adlata, attinet, eorum intuitu nulla renunciatio communionis marito jamjam obserato locum habebit eo fine, ut uxor-amplius non teneatur de bonis propriis vi communionis maritiaes alienum expungandi.

Ebenso lehrt Carstens 1814:[13])

Die Gütergemeinschaft kann allerdings aufgehoben werden, aber salvo jure tertii. Wenn sich beide Ehegatten einig werden, und kein Dritter darunter leidet, wer würde ihnen denn die Aufhebung der Gütergemeinschaft wehren können? Aber nun muß mit dem dritten Manne Richtigkeit gemacht werden.

Im Widerspruch mit diesen Autoren steht Stein.[14]) Er räumt der Frau das Recht ein, zu beliebiger Zeit, namentlich, wenn sie merkt, daß der Mann viele Schulden macht, die Gemeinschaft aufzurufen, und hält dafür, daß sie dann in getrennten Gütern lebt, und der spätere Erwerb ihr allein gehört, wenngleich ihr zur Zeit des Vertrages in der Gemeinschaft befindliches Vermögen den Gläubigern verhaftet bleibt. Belagstellen aus dem Lübischen Recht selbst oder der Praxis führt er nicht an, rechtfertigt vielmehr seine Ansicht durch Hinweis auf das Römische Recht, welches die einseitige Aufhebung einer jeden societas gestatte. Daß dieser Grund nichts beweist, bedarf keiner Ausführung. Die Analogie paßt auch nicht. Hat ein socius in befugter Vertretung der übrigen gehandelt, und dies thut der Mann für die mit ihm in Gütergemeinschaft nach Lübischem Recht lebende Frau, so werden die Gesellschafter solidarisch verhaftet. Die Aufhebung der Societät ändert an den Pflichten der Gesellschafter gegen den Gläubiger nichts. Man kann deshalb aus der Befugniß der socii, die Gemeinschaft durch Vertrag zu beendigen, nicht den Satz herleiten, daß dem Gläubiger bei Geltendmachung seiner Forderungen statt einer Masse und eines Repräsentanten derselben nunmehr zwei in getrennten Gütern lebende Schuldner gegenüberstehen.

Stein hat keine Nachfolger gefunden.[15]) Seine abweichende

---

[13]) Beiträge zur Erläuterung des Lübischen Rechts. II, pag. 30.

[14]) Gründliche Abhandlung des Lübischen Rechts. 1738. Thl. I. §. 136 und 146.

[15]) Balthasar, Collatio qua classificationem creditorum, Greifswald 1767, spricht pag. 53 nur von den Wirkungen des Vertrages auf künftige Gläubiger, wie dies aus dem in der Note mitgetheilten Proclama ersichtlich ist. Im Uebri-

aus der Masse befriedigt, und haben kein Recht an dem späteren Erwerb der ihnen als selbständiges Rechtssubject gegenüber stehenden Frau. Berck hat in seinem Bremischen Güterrecht die weite Verbreitung dieses Rechtsinstitutes[21]) nachgewiesen. Das Jus Lubecense hat es im art. 10, III. 1. als das Recht der Wittwe zu Bergen und Dachdings aufzutragen recipirt. Die verschiedenen Formen, unter welchen es ausgeübt wurde, interessiren hier nicht.

Einer spätern Rechtsentwicklung scheint der Satz anzugehören, daß die Frau auch beim Concurse des lebenden Mannes die Gütergemeinschaft aufheben konnte.[22]) Dieses Institut, die cessio bonorum, geht weiter als die abdicatio, wenn es die Aufhebung der Gemeinschaft selbst beim Widerspruch des Mannes nach dem Willen der Frau allein gestattet.

Der Umstand, daß es der Frau nach dem Tode des Mannes (oder bei dessen Lebzeiten, wenn er wegen Concurses zur Ernährung der Familie unfähig wurde) nicht beliebig frei stand, die Gütergemeinschaft aufzuheben, daß sie vielmehr, um dies zu bewirken, und sich den späteren Erwerb zu sichern, das gütergemeinschaftliche Vermögen zur Befriedigung der Creditoren hergeben, und in bestimmten Formen und Fristen von dem ihr ausnahmsweise gestatteten beneficium Gebrauch machen mußte, läßt den Rückschluß zu, daß dem Gläubiger der Regel nach, abgesehen von den Ausnahmefällen, bei Geltendmachung seines Rechts durch einen Willensact des Schuldners keine Schranken entgegen traten, daß ihm vielmehr der Erwerb der Frau nach dem Vertrag ebenso verhaftet war, als dies früher Statt fand.[23]) Der vielfach ausgesprochene Satz, daß durch den Vertrag die Rechte der vorhandenen Gläubiger nicht berührt werden, kann deshalb im Sinne des Statutar-Rechts nur

[21]) Es kommt außer Deutschland in Schweden, Frankreich, den Niederlanden x. vor. Berck l. c. pg. 153. Gemeines Recht ist es nicht geworden, obwohl dies hin und wieder in Monographien behauptet wird, cf. z. B. die Dissertation de juribus et obligationibus conjugis superstitis ex communione bonorum universali sub praeside G. L. Böhmer (Achterkirchen), Göttingen 1748, §. XXI. Der Verfasser generalisirt das Hildesheimer Recht.

[22]) Für das Lübische Recht cf. Mevius in Jus Lub. III. 1. art. 10. No. 1 Engelbrecht, obs. I., obs. 8. pg. 77.

[23]) Die Berufung der Frau auf die s. g. weiblichen Freiheiten nach altem; Würtemberger Gewohnheits-Recht (Reyscher, Würtb. Privat-R. III. §. 567), kraft welcher sie bei dem von ihr nicht verschuldeten Gant des Mannes ihr Vermögen, als wenn keine Gütergemeinschaft bestanden hätte, einseitig zurückziehen darf, bildet eine Singularität.

an einer Pflicht der Gläubiger, ihre Forderungen anzumelden, fehlt, und daß mithin ein auf solche Edictalien erlassenes Präclusiv-Urtheil sie nicht bindet. So gab es kein Mittel, die beim Abschluß des Vertrages vorhandenen Gläubiger und das ihnen verfangene Vermögen zu bestimmen. Ohne die Möglichkeit, in dieser Beziehung Klarheit zu schaffen, wollte man aber eine Aenderung der rechtlichen Stellung der Gläubiger nicht zulassen. Man führte eine Reihe von Gründen dafür an, welche theils sich auf den Schutz des Verkehrs, theils auf die Haltung der Verträge bezogen. Namentlich wird die const. 25 Cod. de pact. 2. 3:

> Debitorum pactionibus creditorum petitio nec tolli nec mutari potest

häufig citirt. Wo sich dagegen in Ausnahmefällen die Trennung der Massen mit rechtlichem Effect durchführen läßt, hat das deutsche Recht nicht angestanden, dem dispositiven Acte des Schuldners auf das Rechtsverhältniß des Gläubigers einen Einfluß zu gewähren. Die Möglichkeit einer derartigen ausnahmsweisen Sonderung der Massen tritt in dem Concurse über das Vermögen des Mannes ein. Folge des Concursverfahrens ist die Ermittelung der Activ- und Passiv-Masse. Zu der erstern gehört das in der Hand des Mannes vereinte Vermögen beider Ehegatten. Ist dies bekannt, und steht die Person der Gläubiger durch das Präclusiv-Erkenntniß fest, so ist die Möglichkeit gegeben, die berechtigten Gläubiger aus dem ihnen verhafteten Vermögen zu befriedigen. Wollte das deutsche Recht dem Gläubiger verwehren, nachdem ihm das gütergemeinschaftliche Vermögen zur Zeit der Concurs-Eröffnung hingegeben war, sich an den künftigen Erwerb des nicht persönlich verhafteten Ehegatten zu halten, so forderte das nächste Bedürfniß die Frau gegen spätere Angriffe der Gläubiger wegen Schulden ihres Mannes zu schützen; hieran hat die anfänglich auf Gewohnheit[20]) beruhende, demnächst in viele Statuten übergegangene Rechtsbildung angeknüft, indem sie der Wittwe zu abdiciren gestattet, wenn der Mann in Schulden verstirbt. Die Willenserklärung der Wittwe, also der alleinigen Repräsentantin der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach dem Tode des Mannes, befreit sie bei gleichzeitiger Hingabe ihres Vermögens von weiteren Ansprüchen der Gläubiger. Diese werden im Concursverfahren

---

[20]) Der Sachsen- und Schwabenspiegel erwähnen die Abdikation nicht, wohl aber das Kaiserrecht, cf. Berck, über das Bremische Güterrecht der Ehegatten pg. 14

n aus der Masse befriedigt, und haben kein Recht an dem späteren
werb der ihnen als selbständiges Rechtssubject gegenüber stehenden
au. Berck hat in seinem Bremischen Güterrecht die weite Verbrei-
ng dieses Rechtsinstitutes[21]) nachgewiesen. Das Jus Lubecense
t es im art. 10, III. 1. als das Recht der Wittwe zu Bergen und
chdings aufzutragen recipirt. Die verschiedenen Formen, unter
lchen es ausgeübt wurde, interessiren hier nicht.

Einer spätern Rechtsentwicklung scheint der Satz anzugehören, daß
e Frau auch beim Concurse des lebenden Mannes die Gütergemein-
aft aufheben konnte.[22]) Dieses Institut, die cessio bonorum, geh
lter als die abdicatio, wenn es die Aufhebung der Gemeinschaft
bst beim Widerspruch des Mannes nach dem Willen der Frau allein
stattet.

Der Umstand, daß es der Frau nach dem Tode des Mannes
der bei dessen Lebzeiten, wenn er wegen Concurses zur Ernährung
r Familie unfähig wurde) nicht beliebig frei stand, die Gütergemein-
aft aufzuheben, daß sie vielmehr, um dies zu bewirken, und sich den
äteren Erwerb zu sichern, das gütergemeinschaftliche Vermögen zur
efriedigung der Creditoren hergeben, und in bestimmten Formen und
risten von dem ihr ausnahmsweise gestatteten beneficium Gebrauch
achen mußte, läßt den Rückschluß zu, daß dem Gläubiger der Regel
ach, abgesehen von den Ausnahmefällen, bei Geltendmachung seines Rechts
urch einen Willensact des Schuldners keine Schranken entgegen traten,
ß ihm vielmehr der Erwerb der Frau nach dem Vertrag ebenso ver-
aftet war, als dies früher Statt fand.[23]) Der vielfach ausgesprochene
atz, daß durch den Vertrag die Rechte der vorhandenen Gläubiger
icht berührt werden, kann deshalb im Sinne des Statutar-Rechts nur

[21]) Es kommt außer Deutschland in Schweden, Frankreich den Niederlanden
. vor. Berck l. c. pg. 153. Gemeines Recht ist es nicht geworden, obwohl
es hin und wieder in Monographien behauptet wird, cf. z. B. die Dissertation
juribus et obligationibus conjugis superstitis ex communione bonorum
iversali sub praeside G. L. Böhmer (Achterkirchen), Göttingen 1748,
XXI. Der Verfasser generalisirt das Hildesheimer Recht.

[22]) Für das Lübische Recht cf. Mevius in Jus Lub. III. 1. art. 10. No. 1
ngelbrecht, obs. I., obs. 8. pg. 77.

[23]) Die Berufung der Frau auf die s. g. weiblichen Freiheiten nach altem
Würtemberger Gewohnheits-Recht (Reyscher, Würtb. Privat-R. III. §. 567),
aft welcher sie bei dem von ihr nicht verschuldeten Gant des Mannes ihr Ver-
ögen, als wenn keine Gütergemeinschaft bestanden hätte, einseitig zurückziehen
urf, bildet eine Singularität.

dahin verstanden werden, daß die Gemeinschaft dem Gläubiger gegen über nicht aufgehoben wird, daß vielmehr beide Ehegatten ihm mit dem jetzigen und künftigen Vermögen ungetrennt haften, als wenn kein Vertrag abgeschlossen wäre. Dies drücken einzelne Statute dadurch aus, daß sie den Vertrag verbieten oder für unwirksam erklären. Dieselbe Bedeutung hat es, wenn andere Statute oder die Praxis dem Vertrag nur dann Gewicht für die Gläubiger beilegen, si iis satisfactum est. Das war auch der Standpunkt der Lehrbücher am Ende des vorigen Jahrhunderts. So sagt Klöntrup:[24])

> Ueberhaupt aber versteht es sich von selbst, daß durch eine solche nachherige Aufhebung oder Einschränkung der Gütergemeinschaft, auch wenn alle vorgeschriebenen Solennitäten sorgfältig beobachtet sind, einem Andern kein Nachtheil zugefüget, oder kein bereits erhaltenes Recht genommen werden könne; mithin dieselbe ins Besondere die vor oder während der Gemeinschaft entstandenen Schulden nicht befasse, zu deren Bezahlung beide Eheleute nach wie vor in Solidum verbunden bleiben.[25])

Eine wesentliche Einwirkung hat die Partikular-Gesetzgebung zu Ende des vorigen Jahrhunderts in Preußen, und anfangs dieses Jahrhunderts in Oesterreich auf die vertragsmäßige Ausschließung der Gütergemeinschaft nicht ausgeübt. Es haben unklare Auffassungen und allerlei Zweckmäßigkeitsgründe Anlaß zu einzelnen Veränderungen der gemeinrechtlichen Lehre gegeben, sind jedoch für dessen Fortentwicklung nicht von Bedeutung geworden.

Das Preußische Allgemeine Landrecht[26]) (1794) hat aus der Doctrin des Gemeinen Rechts den Grundsatz übernommen, daß vor der Ehe die am ersten Wohnsitz gesetzlich geltende Gütergemeinschaft durch Vertrag ausgeschlossen werden kann. Es weicht dagegen von der herrschenden Lehre insofern ab, als es nach der Ehe die Aufhebung der kraft Gesetz eingetretenen Gemeinschaft durch Vertrag nicht gestattet (§. 413). Zwar soll es (§. 418) den Eheleuten zu allen Zeiten frei stehen, die Folgen der Gemeinschaft, soweit sich dieselben nur auf ihre

---

[24]) Beitrag zu einer nöthigen Revision der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten, besonders nach Osnabrückschem Stadt-Recht; Osnabrück 1791; pag. 104—5.

[25]) Aehnlich Westphal, l. cit., Abhandlung 44, Bd. II. pg. 24. §. 22; erschienen 1783.

[26]) II. 1. §. 412 ff.

künftige Succession beziehen, durch Verträge aufzuheben oder zu verändern. Es sind auch andere Modificationen bei Verlegung des Wohnortes, Concurs des einen Ehegatten rc. zugelassen, dagegen bleibt es Regel, daß der Vertrag bei gesetzlich bestehender Gütergemeinschaft für künftige Gläubiger ohne Wirkung ist. Diesen darf nicht entgegengehalten werden, daß getrennte Massen existiren. Die Abweichung ist eine beabsichtigte gewesen. Eine Anmerkung in dem gedruckten Entwurf des Landrechts Thl. I. Abtheilung I. pg. 79 sagt bei §. 413:

> Diese Vorschrift weicht von der bisherigen Theorie ab. Der Grund der Abweichung liegt in der Unmöglichkeit, an Orten, wo communio bonorum ex lege eingeführt ist, den Betrügereien und Verkürzungen der Gläubiger vorzubeugen, wenn den Eheleuten erlaubt sein sollte, diese Communion während der Ehe nach Gutdünken aufzuheben.

Darnach kann die Frage, welchen Einfluß der Vertrag auf die Rechte der vorhandenen Gläubiger hat, bei der gesetzlich eintretenden Gütergemeinschaft nicht vorkommen. Dagegen ist es zuläsig, die vertragsmäßig eingeführte Gemeinschaft durch Vertrag auch wieder auszuschließen. Für diesen Fall bestimmt §. 431, daß den Gläubigern ihre Rechte an das gemeinschaftlich gewesene Vermögen ungeändert vorbehalten bleiben, während (§. 432) in allen übrigen Stücken die Rechte und Pflichten der Ehegatten, *sowohl unter sich als gegen Andere*, so beurtheilt werden, als ob gar keine Gemeinschaft unter ihnen entstanden wäre. Die Fassung der beiden Paragraphen ist keine glückliche. Nach §. 432 werden die Rechte der Ehegatten in allen übrigen Stücken, also nicht auch im Falle des §. 431, so beurtheilt, als wenn keine Gemeinschaft begründet gewesen ist. Man sollte also denken, daß der frühere Gläubiger einer ungetrennten Masse gegenüber stände. Dem entspricht jedoch nicht der Ausdruck: das gemeinschaftlich *gewesene* Vermögen. Was beabsichtigt ist, mag dahingestellt bleiben. Der Fall kommt gewiß äußerst selten vor.

Die Gestaltung, welche das eheliche Güterrecht im Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (1811) gefunden hat, weicht vollständig vom Gemeinen Recht ab. Gütergemeinschaft soll niemals kraft Gesetz, sondern nur durch Vertrag entstehen (§. 1233). Umfang und Form des Vertrages werden nach den Grundsätzen bestimmt, welche über die Errichtung einer Societät (§§. 1177. 1173) vorgeschrieben sind. Der Regel nach wird die Gütergemeinschaft nur auf den Todesfall

verstanden, hat also nur für die Ehegatten Wirkung, und giebt dem Ueberlebenden das Recht auf die Hälfte dessen, was von den der Gemeinschaft wechselseitig unterzogenen Gütern vorhanden ist. Die Gemeinschaft kann sich, wie die Societät, auf das ganze, oder nur auf das gegenwärtige, oder auf das künftige Vermögen beziehen (§§. 1234 1235). Durch den Concurs hört die Gemeinschaft auf. Dasselbe darf bei freiwilliger Scheidung verabredet werden (§§. 1262, 1263).

Man sieht, daß eine unklare Vermischung der Grundsätze von der Societas und der Gütergemeinschaft die ganze Lehre beherrscht. Eine Einwirkung des Oesterreichischen Gesetzbuchs auf das Gemeine Recht ist deshalb nicht möglich gewesen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für Sachsen (1863) gestattet im §. 1691, daß Ehestiftungen, durch welche die rechtlichen Wirkungen der Ehe näher bestimmt oder geändert werden, vor und während der Ehe errichtet werden können. Nur darf der Vertrag nicht gegen die wesentlichen persönlichen Rechtsverhältnisse der Ehegatten gerichtet sein, und beim usus fructus maritalis nicht einen schenkungsweisen Verzicht des Nießbrauchs seitens des Mannes, oder schenkungsweise Ueberlassung am vorbehaltnen Vermögen seitens der Frau enthalten (§§. 1692, 1694). Ueber die Wirkung des an sich zulässigen Vertrages ratione der vorhandenen Gläubiger — möge der ususfructus maritalis oder Gütergemeinschaft davon betroffen werden — wird nichts gesagt.

Der abweichende Standpunkt des Code civil, welcher Eheverträge nur mit vielen Beschränkungen, und Abänderungen derselben nach geschlossener Ehe gar nicht gestattet, ist bekannt[27]) (Art. 1387 ff. 1395). Ihm hat sich das Badische Landrecht von 1809 §. 1394 angeschlossen. Als Grund einer gewillkürten Auflösung der Gütergemeinschaft hat der Code die Vermögensabsonderung gelten lassen. Die Frau kann, wenn ihr Brautschatz in Gefahr ist, weil der Mann in Vermögensverfall geräth, durch richterliche Hülfe — nicht durch Vertrag — Absonderung verlangen. Aber auch in dieser beschränkten Form der Aufhebung der Gemeinschaft werden die Rechte der bereits vorhandenen Gläubiger geschützt. Sie können der noch nicht bewirkten Absonderung widersprechen, die bereits geschehene anfechten (Art. 1443, 1447); daß ihr Interesse dabei sofort zu Tage tritt, ist nicht erforderlich[28]).

---

[27]) Die bestehende Gütergemeinschaft kann durch die bloße Uebereinstimmung der Eheleute nicht aufgelöst werden; cf. Zachariae v. Lingenthal, Handbuch des Französischen Civilrechts III, §. 515. [28]) Zachariae l. c. §. 516, Nr. 6.

Eine Fortentwicklung oder Aenderung des Rechtszustandes, wie er uns zu Ende des vorigen Jahrhundert als Resultat der statutarischen Rechtsbildung entgegentrat, ist endlich auch nicht durch die neuere Jurisprudenz erfolgt. Zunächst herrscht Einverständniß darüber, daß die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten dem vermittelnden Rechte angehören und durch Vertrag vor und nach Eingehung der Ehe geregelt werden können.[29]) Gengler[30]) führt den Satz des römischen Rechts:

> Pacisci post nuptias, etiamsi nihil ante convenerit, licet, (fr. 1. pr. Dig. de pact. dot. 23. 4.)

als bei uns geltende gesetzliche Regel an. Unklar erscheint nur der Standpunkt von Bluntschli[31]). Er will den Vertrag auch während der Ehe als Entstehungs- und Aufhebungsgrund für die Gütergemeinschaft zulassen, meint aber, es dürfe

> die Ansicht, daß hierin (in der Begründung) volle Vertragsfreiheit herrsche, nicht als eine natürliche und nicht länger als gemeines Recht anerkannt worden.

Später heißt es:

> Ueberdem verdient die Meinung den Vorzug, daß das Eherecht in seinen Grundlagen ein nothwendiger Ausdruck der Denkweise und der Sitte einer Bevölkerung sei.

Bluntschli beruft sich für seine Ansicht auf die oben gedachte Aeußerung Cropp's über die Wirkung der ehelichen Vormundschaft, und kommt zu dem Resultate, daß Verträge, wenn sie überhaupt gestattet werden, einer gerichtlichen causae cognitio, und jedenfalls, wenn sie Dritten gegenüber wirken sollen, der Bekanntmachung bedürfen.

Es scheint fast, als wenn Bluntschli den Vertrag als Grundlage für das eheliche Güterrecht verwerfen möchte, aber nicht den Muth hat, dies der herrschenden Doctrin gegenüber auszusprechen. Die von ihm als Schutzmittel empfohlene causae cognitio ist ein ganz unwirksames Institut. Unsere Rechtsanschauungen sträuben sich zudem gegen eine solche Bevormundung selbständiger, handlungsfähiger Personen

---

[29]) Gerber § 229. Beseler § 142. edit. 2 pg. 598. Eichhorn § 307. Mittermaier § 406. Runde, deutsches eheliches G. R. § 156.

[30]) Lehrbuch des deutschen Privat-Rechts II. pg. 846.

[31]) Deutsches Privatrecht, § 164 3. 4.

durch den Richter. Bei allem Interesse für germanische Rechtsideen ist die frühere Lehre von der absoluten Geltung des Eherechts in diesem Umfange nicht aufrecht zu erhalten. Die Vertragsfreiheit hat hier gesiegt.

Nicht minder einstimmig, als dieser Satz, wird weiter gelehrt, daß durch den Vertrag

die schon begründeten Rechte Dritter an dem ehelichen Vermögen unberührt bleiben[32])

oder daß

den bisherigen Creditoren durch die Aufhebung der Gemeinschaft kein Recht entzogen werden kann[33])

oder

daß dritten Personen, welche aus dem bisher bestandenen Güterverhältnisse Rechte erworben haben, die (vertragsmäßige) Abänderung der Gemeinschaft nicht nachtheilig ist[34]).

Versteht man diese Aussprüche in demselben Sinne wie sie die Jurisprudenz des vorigen Jahrhunderts auffaßte, so bleiben dem Gläubiger gegenüber die beiden Ehegatten mit dem vorhandenen und zukünftigen Vermögen bis zu seiner Befriedigung verhaftet. Ob dies die Ansicht unserer Rechtslehrer sei, läßt sich nicht klar ersehen; die gebrauchten Aeußerungen sind zwar sehr bestimmt, aber die gedachte Consequenz ausdrücklich zu ziehen, wird unterlassen[35]). Im Gegentheil scheint bei einigen Rechtslehrern die Anschauung Raum zu gewinnen, daß nur das bis zum Vertragsschlusse gemeinschaftliche Vermögen haftet. Hierher gehören namentlich Runde und Beseler; letzterer sagt (§ 142 II. 1 f.):

es muß der Grundsatz festgehalten werden, daß die Aufhebung

[32]) Gerber l. c.

[33]) Mittermaier l. c.

[34]) Runde l. c. pg. 359.

[35]) Daß Mittermaier dieselbe gewollt hat, dürfte allerdings sehr wahrscheinlich sein, da er sich l. c. Nt. 3 auf Klöntrupp und Westphal bezieht. Das Citat aus Pufendorf stimmt nicht: Es ist Pufendorf, Animadv. Nr. 56 gemeint, der jedoch nur von der öffentlichen Bekanntmachung redet. Ebenso ist auch wohl die Aeußerung Brackenhöft's im Rechtslexikon IV. pg. 936 zu verstehen, daß die Aufhebung, wie sich von selbst verstehe, gegen diejenigen Gläubiger, denen gegenüber durch eine bereits entstandene Gütergemeinschaft schon eine solche Haftung begründet ist, nicht wirksam werden könne.

der Gütergemeinschaft die vorher begründeten Rechtsverhältnisse zum Nachtheile Dritter nicht rückwärts abändern kann. Den Gläubigern bleibt daher jedenfalls das Ehevermögen, wie es zur Zeit der Aufrufung der Gütergemeinschaft beschaffen war, nach wie vor als Executions-Gegenstand verhaftet.

Die nähere Begründung dieser Ansicht fehlt. Vielleicht läßt sie sich aus Runde[34]) ergänzen. Derselbe betont, es stehe keinem Dritten ein Recht zu auf Fortdauer des bei Eingehung der Ehe unter den Ehegatten gesetzlich oder vertragsmäßig eingetretenen Güterverhältnisses, kein Wiederspruchsrecht gegen eine vertragsmäßige Aufhebung oder Modifikation desselben, wenngleich ihm mittelbar Nachtheile dadurch erwachsen können.

Aber warum nicht? darf man fragen. Durch Vertrag konnte früher das eheliche Güterrecht überhaupt nicht bestimmt werden. Der Gläubiger eines in Gütergemeinschaft lebenden Ehepaares war sicher, daß ihm alles Vermögen beider Ehegatten — das vorhandene und das zukünftige — haftete. Von diesem Satze ist die größere Hälfte verloren gegangen. Bei Eingehung der Ehe gilt der Vertrag unbedingt, und während der Ehe für die künftigen Gläubiger. Sind wir gezwungen, auch den letzten Rest, daß der nicht [illegible] Gläubiger keine vertragsmäßige Sonderung des Vermögens anzuerkennen braucht, aufzugeben?

Jedenfalls kann [illegible] Stellung des Gläubigers [illegible] umgewandelt [illegible] Vermögen haftet [illegible] der Gemeinschaft [illegible] Er klagt seine Forderung [illegible] und läßt die [illegible] streckein. [illegible] tretern. [illegible] der Gemeinschaft [illegible] gefallen [illegible] aus dem [illegible]

[34]) [illegible] Deutsches [illegible]

[illegible]

[illegible] und des
[illegible] § 418
[illegible] kann auch für
[illegible] aus der
[illegible] vom 10. März
[illegible] Bestimmung der
[illegible] Gütergemeinschaft [illegible]

[illegible] für die Eheleute
[illegible] in An-
[illegible] dem der Aus-
[illegible] erfolgter
[illegible]

[illegible] welche
[illegible] Bestimmung mit
[illegible] die Ehe-
[illegible]

[illegible] Wenn
[illegible] des bei
[illegible] schon
[illegible] Unter-
[illegible] die Stellung,
[illegible] der Contra-
[illegible] Es fehlt an
[illegible] der
[illegible] müsse.
[illegible] Nachweis
[illegible] nothwendigt ist.
[illegible] geltendes
[illegible]

[illegible] der Güterge-
[illegible] des beiderlei-
[illegible] Erwerb,
[illegible] nicht

[illegible] Ge-
[illegible] Em-
[illegible] 1847.

ʒgebung, so bieten einzelne Rechtsverhältnisse des modernen Verkehrs-
bens einen Anhalt dafür, daß es auch jetzt noch dem deutschen
echtsbewußtsein widerspricht, wenn Gemeinschaften, welche zuvor als
lche Verpflichtungen übernehmen konnten, ohne Abwicklung der Schuld
rhältnisse und Verwendung des bisher vereinten Vermögens zur
efriedigung der Gläubiger aufgelöst werden. Das Handelsgesetzbuch
ßt zwar die Beendigung der Handels-Gesellschaft durch Vertrag zu,
stimmt jedoch (Art. 133 ff.), daß in Verbindung damit die Liqui-
ation Statt findet, ordnet also ein besonderes Verfahren an behufs
ertheilung des Gesellschafts - Vermögens unter die Gläubiger. Die
Birkung der Liquidation geht nicht dahin, daß die Gesellschafter von
r ihnen gesetzlich obliegenden solidarischen Haftung für die Gesell-
haftsschulden befreit werden. Aber so lange noch ungetheiltes Gesell-
haftsvermögen vorhanden ist, kann dem Gläubiger die fünfjährige
erjährung nicht entgegengesetzt werden, sofern er seine Befriedigung
ur aus dem Gesellschafts-Vermögen sucht (Art. 147). Im Zusammen-
ang damit steht die Vorschrift, daß die Gesellschaftsgläubiger im Falle
es Concurses aus dem Gesellschafts-Vermögen abgesondert befriedigt
erden (Art. 122, cf. Preußische Concurs-Ordnung § 35, Entwurf
iner Gemeinschuldordnung § 221 ff.). Aehnliche Vorschriften sind für
ie Auflösung von Commandit-Gesellschaften und Actien-Gesellschaften
egeben (H.-G.-B. Art. 122 ff. 244 ff.).

Einigen Anhalt dafür, daß die rechtliche Stellung der Gläubiger
urch Willkür der Ehegatten durante matrimonio nach dem Gange
nserer Gesetzgebung nicht verändert werden soll, bietet auch der im
Jahre 1873 publizirte Entwurf der Deutschen Gemeinschuld-Ordnung.
Er will im § 31 jede Sicherstellung oder Rückgewähr des gesetzlich in
ie Verwaltung des Gemeinschuldners gekommenen Vermögens seiner
Ehefrau, ohne daß hierzu eine gesetzliche Verpflichtung bestand, für
nfechtbar erklären. Die Motive (I. pag. 176) bezeichnen dies als
ine aus dem Wesen der Ehe entnommene Ausnahmevorschrift, weil
er Mann sonst immer in der Lage bleiben würde, die Fonds seiner
Frau, mit denen er gearbeitet und sich Credit geschafft hat, bei ein-
retendem Vermögensverfall zum Nachtheile seiner Gläubiger lediglich
seiner Ehefrau zuzuwenden. Es soll also verhütet werden, daß in dem
gegebenen Falle durch Vertrag dem Gläubiger zwei Massen gegenüber
gestellt werden, während bei Contrahirung der Schuld das Frauengut
sich in der Verwaltung des Mannes befand.

Der Entwurf (§ 42) beschränkt ferner die Vindikation auf diejenigen Fälle, wo nachgewiesen wird, daß der vindizirende Ehegatte das Eigenthum schon vor der Ehe besessen, oder nach Eingehung der Ehe nicht mit Mitteln des Gemeinschuldners erworben hat, weil (Motive I. pg. 227) zwischen Ehegatten es leicht ist, die eigenen Fonds mit den Mitteln des andern zu versehen, zu seinen Geschäftszwecken das Vermögen des andern zu gebrauchen, und deshalb möglicher Weise ein selbst vorsichtiger Gläubiger in der Beurtheilung des Eigenthums seines Schuldners und in dem Hervortauchen von Eigenthumsansprüchen des Ehegatten sich getäuscht findet, und dadurch der allgemeine Credit beeinträchtigt wird.

Man könnte endlich eine directe Bestätigung der hier vertheidigten Ansicht von der Möglichkeit verschiedener Güterrechte für verschiedene Gläubiger in dem § 44 des Entwurfs finden, welcher lautet:

> Ein Eigenthumsanspruch des Ehegatten ist ferner ausgeschlossen, wenn nach dem in der Ehe geltenden, oder nach dem den Gläubigern gegenüber zur Anwendung kommenden Güterrechte das eigene Vermögen des Ehegatten oder das gemeinschaftliche Vermögen für die Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners haftet.

Zur Theorie der Grundschuld.

Von Herrn Kreisrichter Voß in Loitz.

I.

Die wissenschaftliche Gestaltung des Begriffes der Grundschuld im Allgemeinen wie insbesondere der Grundschuld im Sinne des preußischen Gesetzes über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke und der Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 ist noch manchen Zweifeln unterworfen. Ist die Grundschuld ein dingliches oder ein persönliches Recht? Wenn ersteres der Fall, ist sie dann als ein accessorisches oder als ein nicht accessorisches dingliches Recht aufzufassen, und wie verhält sich die Grundschuld, mag sie nun dieses oder jenes sein, zu verwandten dinglichen Rechten römischen oder deutschrechtlichen Ursprungs, namentlich zu dem Pfandrechte? Wenn sie ein persönliches Recht ist, wie erklären sich die stetigen Hinweisungen auf ihre dingliche Natur? welche Stellung behauptet sie im System des Obligationenrechts?

Oder ist sie weder ein dingliches noch ein persönliches Recht, ein zu einem eigenthümlichen Gemisch dinglicher und obligatorischer Bestandtheile verschmolzenes neues Recht, welches man in Ermangelung eines Begriffes mit dem Worte Realobligation bezeichnen darf?

Alle diese Fragen beantworten sich um so viel schwerer, je mehr ihre Betrachtung von dem Boden eines bestimmten positiven Rechtes sich loslöst. Kaum sind wir zu einem abgeschlossenen System des deutschen Privatsachenrechtes gelangt: wie können wir hoffen, auf der Grundlage eines solchen ein gemeines deutsches Recht der Grundschuld zu konstruiren?

Eben so fest scheint andererseits zu stehen, daß wir mit den überlieferten Begriffen des römischen Sachen- und Obligationenrechtes das Institut des Grundschuldrechts nicht zu erklären vermögen.

Hiermit sind wir denn in die bedenkliche Lage versetzt, das Recht der Grundschuld rein a priori aufzubauen. Alsdann haben wir die Freiheit, von römischen und von deutschrechtlichen Elementen dasjenige unsrem Baue einzufügen, was uns für denselben zu passen scheint. Aber wir gerathen hierbei in die Gefahr, von den Bedingungen des praktischen Lebens wie von den thatsächlichen Erscheinungen der Gesetzgebung, mit welchen wir doch rechnen sollen, uns zu entfernen — und jegliche Aussicht auf Verständigung mit Andersdenkenden zu verlieren.

Es empfiehlt sich daher, die Grundschuld der Gesetze vom 5. Mai 1872 nur im Anschluß an diese Gesetze selbst und als eine rein partikularrechtliche Form der Grundbelastung ins Auge zu fassen.

Die gedachten Gesetze wollen, wie ihre respektiven Titel besagen, einen Theil des Sachenrechtes beherrschen, sie handeln vom Eigenthumserwerbe und von der dinglichen Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten.

Zugegeben muß zwar werden, daß der Titel der Gesetze allein wenig entscheidet. Insbesondere ist die Frage an sich nicht unberechtigt, ob denn die Gesetze, welche jetzt nicht blos für das Gebiet des allgemeinen Landrechts, sondern auch für gemeinrechtliche Provinzen Geltung haben, von den Begriffen des römischen oder eines eigenthümlichen preußisch-deutschen Sachenrechts ausgehen oder ob sie von beiden Rechtssystemen dermaßen unabhängig seien, daß sie auf der Grundlage Beider sich entwickeln können?

Hier läßt sich die weitere Erörterung nicht mit der Bemerkung abschneiden, daß die Gegensätze des obligatorischen und des dinglichen Rechtes in der Natur der Sache, im Vernunftrechte begründet und mithin wesentlichen Veränderungen nicht unterworfen seien. Denn diese Bemerkung wird stets eine unerwiesene – und unerweisliche Behauptung bleiben. So geläufig uns diese Gegensätze sind, sie sind es doch nur deswegen, weil wir uns an die Terminologie des römischen Rechtes in einer Weise gewöhnt haben, daß sie uns unbewußt zur andern Natur geworden ist. Niemand kann sagen, ob wir ohne

s römische Recht zu unserem heutigen Rechtssysteme gelangt n würden.

Nichtsdestoweniger erscheint es zweckmäßig, wenn wir bei der Behtung unsres Thema's von den römischen Gegensätzen dinglicher d obligatorischer Rechte als einer positiven Voraussetzung ausgehen. amit versetzen wir uns noch nicht in die Nothwendigkeit, das Recht Grundschuld in eine bestimmte Klasse dinglicher oder obligatorischer chte des Pandektensystems unterzubringen. Aber wir werden in der n uns gewählten Grundlage einen Maßstab finden, welcher unseren ick auch für die etwaigen nicht römischen Gesichtspunkte unserer Gee schärfen wird. Und finden wir solche, so werden wir nicht zu n Schlusse gelangen, daß wir von einer falschen Grundlage ausgegangen sind; sondern zu der Frage, welche Winke der Gesetzgeber für s Verständniß seiner Auffassung uns an die Hand gegeben hat, d in wie weit wir diese seine Auffassung selbst als eine Fortwickelung römischer oder deutschrechtlicher Rechtsbegriffe im modernen nne bezeichnen können.

Der dritte Abschnitt des Gesetzes über den Eigenthumserwerb rc. gt die Ueberschrift: „Von dem Recht der Hypothek und der Grunduld." Er scheint hiermit andeuten zu wollen, daß beide Formen nglicher Belastung verwandt seien. Aber worin besteht diese Verndtschaft? Die Hypothek des Gesetzes über den Eigenthumswerb rc. ist wie die Hypothek des römischen und diejenige des älteren eußischen Rechts ein dingliches Recht, welches als ein accessorisches zeichnet zu werden pflegt. Hierunter versteht man, daß die Gültigkeit r Hypothek an die Gültigkeit einer Forderung geknüpft ist, zu deren cherheit sie dienen soll, und zwar regelmäßig derjenigen Forderung, r welche sie von Anfang an bestellt ist. In dieser Anlehnung des nglichen Rechtes an das obligatorische erkennt man mit Fug eine esentliche Eigenthümlichkeit des Pfandrechts.

Gerade diese Besonderheit fehlt aber der Grundschuld des Gesetzes m 5. Mai 1872. Geht man hiervon aus, so muß man nicht nur r Grundschuld den Namen eines accessorischen dinglichen Rechts absechen, sondern auch nothwendigerweise das Attribut der Selbndigkeit ihr zuerkennen, vermöge welcher ihre Existenz an die Gültigit einer zu sichernden Forderung nicht gebunden ist. Erwägt man n Anschlusse hieran, daß auch der Eigenthümer eines Grundstückes Grundschulden in das Grundbuchblatt desselben auf seinen Namen

durch den Richter. Bei allem Interesse für germanische Rechtsideen ist die frühere Lehre von der absoluten Geltung des Eherechts in diesem Umfange nicht aufrecht zu erhalten. Die Vertragsfreiheit hat hier gesiegt.

Nicht minder einstimmig, als dieser Satz, wird weiter gelehrt, daß durch den Vertrag

die schon begründeten Rechte Dritter an dem ehelichen Vermögen unberührt bleiben[32])

oder daß

den bisherigen Creditoren durch die Aufhebung der Gemeinschaft kein Recht entzogen werden kann[33])

oder

daß dritten Personen, welche aus dem bisher bestandenen Güterverhältnisse Rechte erworben haben, die (vertragsmäßige) Abänderung der Gemeinschaft nicht nachtheilig ist[34]).

Versteht man diese Aussprüche in demselben Sinne wie sie die Jurisprudenz des vorigen Jahrhunderts auffaßte, so bleiben dem Gläubiger gegenüber die beiden Ehegatten mit dem vorhandenen und zukünftigen Vermögen bis zu seiner Befriedigung verhaftet. Ob dies die Ansicht unserer Rechtslehrer sei, läßt sich nicht klar ersehen; die gebrauchten Aeußerungen sind zwar sehr bestimmt, aber die gedachte Consequenz ausdrücklich zu ziehen, wird unterlassen[35]). Im Gegentheil scheint bei einigen Rechtslehrern die Anschauung Raum zu gewinnen, daß nur das bis zum Vertragsschlusse gemeinschaftliche Vermögen haftet. Hierher gehören namentlich Runde und Beseler; letzterer sagt (§ 142 II. 1 f.):

es muß der Grundsatz festgehalten werden, daß die Aufhebung

[32]) Gerber l. c.

[33]) Mittermaier l. c.

[34]) Runde l. c. pg. 359.

[35]) Daß Mittermaier dieselbe gewollt hat, dürfte allerdings sehr wahrscheinlich sein, da er sich l. c. Nt. 3 auf Klöntrupp und Westphal bezieht. Das Citat aus Pufendorf stimmt nicht: Es ist Pufendorf, Animadv. Nr. 56 gemeint, der jedoch nur von der öffentlichen Bekanntmachung redet. Ebenso ist auch wohl die Aeußerung Brackenhöft's im Rechtslexikon IV. pg. 936 zu verstehen, daß die Aufhebung, wie sich von selbst verstehe, gegen diejenigen Gläubiger, denen gegenüber durch eine bereits entstandene Gütergemeinschaft schon eine solche Haftung begründet ist, nicht wirksam werden könne.

der Gütergemeinschaft die vorher begründeten Rechtsverhältnisse zum Nachtheile Dritter nicht rückwärts abändern kann. Den Gläubigern bleibt daher jedenfalls das Ehevermögen, wie es zur Zeit der Aufrufung der Gütergemeinschaft beschaffen war, nach wie vor als Executions-Gegenstand verhaftet.

Die nähere Begründung dieser Ansicht fehlt. Vielleicht läßt sie sich aus Runde**) ergänzen. Derselbe betont, es stehe keinem Dritten ein Recht zu auf Fortdauer des bei Eingehung der Ehe unter den Ehegatten gesetzlich oder vertragsmäßig eingetretenen Güterverhältnisses, kein Wiederspruchsrecht gegen eine vertragsmäßige Aufhebung oder Modifikation desselben, wenngleich ihm mittelbar Nachtheile dadurch erwachsen können.

Aber warum nicht? darf man fragen. Durch Vertrag konnte früher das eheliche Güterrecht überhaupt nicht bestimmt werden. Der Gläubiger eines in Gütergemeinschaft lebenden Ehepaares war sicher, daß ihm alles Vermögen beider Ehegatten — das vorhandene und das zukünftige — haftete. Von diesem Satze ist die größere Hälfte verloren gegangen. Bei Eingehung der Ehe gilt der Vertrag unbedingt, und während der Ehe für die künftigen Gläubiger. Sind wir gezwungen, auch den letzten Rest, daß der nicht befriedigte Gläubiger keine vertragsmäßige Sonderung des Vermögens anzuerkennen braucht, aufzugeben?

Jedenfalls kann darüber kein Zweifel obwalten, daß die rechtliche Stellung des Gläubigers, wenn die Gütergemeinschaft in Dotalrecht umgewandelt wird, und ihm nur das zur Zeit des Vertrages vereinte Vermögen haftet, eine wesentlich schlechtere ist. Während der Dauer der Gemeinschaft steht dem Gläubiger nur eine Masse gegenüber. Er klagt seine Forderung gegen den Repräsentanten der Gemeinschaft ein, und läßt die Exekution in das durch die Ehe vereinte Vermögen vollstrecken. Nach der Aufhebung existiren zwei Massen mit zwei Vertretern. Eine Klage gegen den Mann als früheren Repräsentanten der Gemeinschaft allein berührt die Frau nicht. Sie muß sich zwar gefallen lassen, daß vor dem Vertrage vom Manne contrahirte Schulden aus dem früher gemeinschaftlichen Vermögen getilgt werden; sie kann

**) l. c. pg. 359. Aus Runde ist wohl die ähnliche Aeußerung in Hillebrand, Deutsches Privatrecht § 170, entnommen.

aber als jetzige selbständige Vertreterin[37]) ihres Vermögens verlangen, daß ihr gegenüber festgestellt wird, ob der Fall der Verhaftung für sie vorliegt. Der Gläubiger hat also statt eines nunmehr zwei Prozeßgegner. Ueberwindet er beide, und erreicht er ein Urtheil, wonach der Mann mit seinem gesammten, die Frau mit dem früher der Gütergemeinschaft unterworfenen Vermögen zur Bezahlung der Forderung schuldig erachtet sind, so geräth er bei Realisirung des Erkenntnisses in eine noch schwierigere Lage. Früher bildete für ihn das ganze beiderseitige Vermögen, wie es in der Hand des Mannes vereint war, das Exekutionsobject. Jetzt muß er prüfen, welche von den im Besitz des Mannes befindlichen Sachen zu dem gütergemeinschaftlichen, und welche zu dem nach dem Vertrage erworbenen Vermögen der Frau gehören. Nur die ersteren sind ihm verhaftet, an den letztern hat er kein Recht. Greift er diese versehentlich dennoch an, so treffen ihn die Kosten des unbegründeten Exekutionsantrages, oder des verlorenen Separatprozesses. Die Schwierigkeit bei der Constatirung dieser thatsächlichen Verhältnisse darf um so weniger unterschätzt werden, als eine reale Trennung, wie bereits oben gesagt wurde, kaum jemals erfolgt, und die zwischen den Ehegatten getroffenen Abreden dem Gläubiger nicht zugänglich sind.

Schwieriger wird seine Lage, wenn die zum gütergemeinschaftlichen Vermögen der Frau gehörigen Sachen aus der Gewahrsam des Mannes entfernt werden, auch wenn es sich dabei nur um eine thatsächliche Trennung handelt. Die gesetzliche Vermuthung, daß das im Haushalt befindliche Gut dem Manne gehört, legt in dem früher erwähnten Falle der Frau die Pflicht ob, ihr Sonderrecht zu beweisen. Hinsichtlich derjenigen Sachen, welche sich nicht im Besitze des Mannes befinden, trifft dagegen den Gläubiger der Beweis, daß sie vor Abschluß des Vertrages in die Gütergemeinschaft fielen. Noch ungünstiger steht der Gläubiger, wenn die Frau, was ihr nach Ausschluß der Gemeinschaft bei Dotalrecht nicht verwehrt ist, Veräußerungen an Vermögensstücken vorgenommen hat. Die Klage des Gläubigers gegen den dritten Eigenthümer dürfte ebenso wenig zu begründen sein, als ein Anspruch auf die mit dem Kaufpreise neu angeschafften Sachen[38]). In diesem Falle ist sein Recht klar geschmälert.

---

[37]) Ich sehe natürlich von etwaigen prozessualischen Beschränkungen der Frau ab.

[38]) Auch wenn man mit Kraut, Vormundschaft II. 341 Nr. 10 annimmt, daß durante matrimonio der Grundsatz gilt: res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei.

Man darf noch an eine weitere Möglichkeit erinnern. Ist die Gütergemeinschaft durch den Vertrag vollkommen, auch für den Gläubiger, aufgehoben, so kann die Frau fortan Vermögen mit der Wirkung erwerben, daß es ihr gehört und für die gütergemeinschaftlichen Schulden nicht haftet. Schließt sie Verträge ab, welche an sich zur Erlangung des Eigenthums geeignet sind, so wird sie mit der Tradition Eigenthümerin. Dies erleidet auch keine Aenderung, wenn der Mann ihr die Mittel zur Bezahlung des Kaufpreises giebt. Sie wird seine Schuldnerin auf Höhe der geliehenen Summe, aber das Kaufobjekt gehört ihr[39]). Es bedarf keiner Ausführung, wie leicht hierbei die Vertragsfähigkeit der Frau gemißbraucht werden kann, um Rechtsgeschäfte in fraudem creditoris zu vermitteln. Ob mit der actio Pauliana Abhülfe dagegen zu erlangen ist, will ich dahin gestellt sein lassen; jedenfalls wird die Schwierigkeit des Beweises in den seltensten Fällen zu einem günstigen Resultate führen[40]).

Also die Lage des Gläubigers wird verschlechtert, wenn die Frau nach dem Vertrage ihm gegenüber als unter Dotalrecht stehend angesehen wird, wie das auch Runde als möglich zugiebt. Bildet denn aber, darf man weiter fragen, der Umstand eine Stütze für die Runde'sche Ansicht, daß die Vermögensverhältnisse der Ehegatten nach zwei verschiedenen Güterrechten beurtheilt werden müssen? Wenn man das eheliche Güterrecht zu dem vermittelnden Rechte zählt, und den Vertrag als Grundlage desselben anerkennt, liegt in jener Annahme nichts Abnormes. Der wechselnde Wille der Eheleute kann sie zu verschiedenen Personen in eine verschiedene rechtliche Lage bringen. Die Gesetzgebung hat auch niemals Anstoß genommen, einen derartigen Rechtszustand zu sanctioniren. Sehr häufig kommt es vor, daß Eheleute in den pactis dotalibus nur ihre gegenseitigen Rechte an dem gemeinschaftlichen Vermögen und zwar anders, als das Gesetz vorschreibt, feststellen. Hier gilt für sie der Vertrag, für ihre Gläubiger

---

[39]) Etwas anders liegt das französische Recht, welches von der Rechtsvermuthung ausgeht, daß Alles, was für die Frau, oder von ihr erworben, und Alles, was von ihr für den Mann bezahlt worden, mit den Mitteln des Mannes bezahlt sei. Code de comm. 547 540; Falliments-Gesetz vom 28. Mai 1833, 559 563. — Abweichend ist auch das Sächsische bürgerliche Gesetzbuch Art. 1676.

[40]) Ueber die Unanwendbarkeit der actio Pauliana auf den Vertrag zum Zwecke des Ausschlusses der Gütergemeinschaft cf. Runde, Deutsches eheliches Güterrecht § 164 Nt. c.

das gesetzliche Güterrecht. Ich verweise auf das Rostock'sche und das Hamburg'sche Statut, welche dies ausdrücklich gestatten. Ebenso § 418 des Preuß. Allg. L.-R. Tit. I. Theil II. Derselbe Fall kann auch für mehrere Gläubiger eintreten. Ich möchte nur ein Beispiel aus der Partikular-Gesetzgebung anführen. Das Preußische Gesetz vom 10. März 1837 (G.-S. pg. 63) über die Einrichtung und Bekanntmachung der Verträge wegen Einführung und Ausschließung der ehelichen Gütergemeinschaft bestimmt im § 4:

> Jeder Vertrag dieser Art (§ 1) erlangt für die Eheleute mit der Schließung der Ehe seine volle Wirksamkeit; in Ansehung eines Dritten aber, insofern es sich von der Ausschließung der Gütergemeinschaft handelt, erst nach erfolgter öffentlicher Bekanntmachung.

Darnach ist zu unterscheiden zwischen denjenigen Personen, welche vor, und denjenigen, welche nach der öffentlichen Bekanntmachung mit den Eheleuten contrahirt haben. Ratione der ersteren stehen die Eheleute unter Gütergemeinschaft, ratione der letzteren nicht[41]).

Also auch dieser Grund erscheint nicht durchgreifend. Wenn Runde sagt, dem Dritten stehe kein Recht auf die Fortdauer des bei Eingehung der Ehe eingetretenen Güterrechts zu, so ist darauf schon vielfach erwidert: gewiß nicht, wenn seine Befriedigung erfolgt. Unterbleibt diese, so ist es eine Verletzung seines Rechts, wenn die Stellung, welche er in materieller und prozessualischer Beziehung bei Contrahirung der Schuld hatte, willkürlich geändert wird. Es fehlt an einem Rechtsgrunde, weshalb der Gläubiger die durch Aufhebung der Gütergemeinschaft ihm mittelbar erwachsenden Nachtheile tragen müsse. Zur Begründung dieses Runde'schen Ausspruchs hätte der Nachweis gehört, daß das frühere Recht auch in dieser Beziehung verdrängt ist. Dieser Beweis fehlt. Es muß deshalb der Satz als geltendes Recht behauptet werden:

> Trotz eines Vertrages über den Ausschluß der Gütergemeinschaft können die vorhandenen Gläubiger das beiderseitige Vermögen der Eheleute, auch den künftigen Erwerb, in derselben Weise angreifen, als wenn der Vertrag nicht existirte.

Werfen wir endlich noch einen Blick auf die neueste Deutsche Ge-

---

[41]) Hinsichtlich des analogen Falles, daß die Bekanntmachung erst nach Eingehung der Ehe erfolgt, cf. Präj. des Ober-Trib. 1950 vom 28. October 1847.

etzgebung, so bieten einzelne Rechtsverhältnisse des modernen Verkehrslebens einen Anhalt dafür, daß es auch jetzt noch dem deutschen Rechtsbewußtsein widerspricht, wenn Gemeinschaften, welche zuvor als solche Verpflichtungen übernehmen konnten, ohne Abwicklung der Schuldverhältnisse und Verwendung des bisher vereinten Vermögens zur Befriedigung der Gläubiger aufgelöst werden. Das Handelsgesetzbuch läßt zwar die Beendigung der Handels-Gesellschaft durch Vertrag zu, bestimmt jedoch (Art. 133 ff.), daß in Verbindung damit die Liquidation Statt findet, ordnet also ein besonderes Verfahren an behufs Vertheilung des Gesellschafts - Vermögens unter die Gläubiger. Die Wirkung der Liquidation geht nicht dahin, daß die Gesellschafter von der ihnen gesetzlich obliegenden solidarischen Haftung für die Gesellschaftsschulden befreit werden. Aber so lange noch ungetheiltes Gesellschafts-Vermögen vorhanden ist, kann dem Gläubiger die fünfjährige Verjährung nicht entgegengesetzt werden, sofern er seine Befriedigung nur aus dem Gesellschafts-Vermögen sucht (Art. 147). Im Zusammenhang damit steht die Vorschrift, daß die Gesellschaftsgläubiger im Falle des Concurses aus dem Gesellschafts-Vermögen abgesondert befriedigt werden (Art. 122, cf. Preußische Concurs-Ordnung § 35, Entwurf einer Gemeinschuldordnung § 221 ff.). Aehnliche Vorschriften sind für die Auflösung von Commandit-Gesellschaften und Actien-Gesellschaften gegeben (H.-G.-B. Art. 122 ff. 244 ff.).

Einigen Anhalt dafür, daß die rechtliche Stellung der Gläubiger durch Willkür der Ehegatten durante matrimonio nach dem Gange unserer Gesetzgebung nicht verändert werden soll, bietet auch der im Jahre 1873 publizirte Entwurf der Deutschen Gemeinschuld-Ordnung. Er will im § 31 jede Sicherstellung oder Rückgewähr des gesetzlich in die Verwaltung des Gemeinschuldners gekommenen Vermögens seiner Ehefrau, ohne daß hierzu eine gesetzliche Verpflichtung bestand, für anfechtbar erklären. Die Motive (I. pag. 176) bezeichnen dies als eine aus dem Wesen der Ehe entnommene Ausnahmevorschrift, weil der Mann sonst immer in der Lage bleiben würde, die Fonds seiner Frau, mit denen er gearbeitet und sich Credit geschafft hat, bei eintretendem Vermögensverfall zum Nachtheile seiner Gläubiger lediglich seiner Ehefrau zuzuwenden. Es soll also verhütet werden, daß in dem gegebenen Falle durch Vertrag dem Gläubiger zwei Massen gegenüber gestellt werden, während bei Contrahirung der Schuld das Frauengut sich in der Verwaltung des Mannes befand.

Rechtsbildungen vielfach gemeinsame Grundsätze aufgestellt. Beide Formen entstehen durch Eintragung (§ 18 des Eigenthumserwerbgesetzes, ferner abgekürzt E. E. G. bezeichnet) und zwar in die dritte Abtheilung des Grundbuchblattes (§ 12 der Grundbuchordnung, künftig abgekürzt G. B. O.). Beide können in fortlaufender Zahlenfolge hintereinander in der Weise eingetragen werden, daß Hypotheken und Grundschulden miteinander abwechseln; für sie gilt die nämliche, nach der Zahlenfolge bestimmte Rangordnung (§§ 17 34 E. E. G.). Für beide erfolgt die Eintragung unter Voraussetzungen im wesentlichen gleicher Art (§ 19 E. E. G.). Die Haftung des belasteten Grundstückes ist in Betreff der Hypothek wie der Grundschuld nicht unterschieden. Für beide wird sie durch Anstellung der nämlichen dinglichen Klage zur Geltung gebracht (§§ 37, 43 ff. E. E. G.).

Die Hypothek kann sogar in eine Grundschuld verwandelt werden, „wenn diejenigen in der zweiten und dritten Abtheilung gleich und nach eingetragenen Berechtigten einwilligen, welche vor dem Tage, an welchem dieses Gesetz in Kraft tritt, eingetragen sind.“ (§ 29 E. E. G.)

Eine stillschweigende (gesetzliche) Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld ist ausgeschlossen, selbst dann, wenn das dingliche Recht der Hypothek und das Eigenthum an dem verhafteten Grundstück in einer Hand sich vereinigen und die persönliche Forderung, welche durch die Hypothek gesichert werden soll, durch Tilgung oder Konfusion untergeht, was ja nicht nothwendig und eventuell nicht gleichzeitig mit der Konsolidation der dinglichen Rechte der Fall sein muß (§ 63 E. E. G.). Eine in der Kommission des Herrenhauses gemachte Bemerkung, „daß es inkonsequent und jedenfalls der gemeinschaftlichen Auffassung von der accessorischen Natur der Hypothek widersprechend erscheine, wenn man den Eigenthümer berechtigen wolle, eine getilgte Post als Hypothek abzutreten; man dürfe ihm eigentlich nur gestatten, an Stelle der getilgten Hypotheken Grundschuldbriefe auszugeben“, hat im E. E. G. keine Anerkennung gefunden. (Drucksachen 1871—1872 Nr. 27 S. 63.)

Ein großer Theil der vorstehend aufgeführten Bestimmungen würde doch kaum möglich sein, wenn nicht die Verschiedenheiten, welche zwischen der rechtlichen Struktur der Hypothek und derjenigen der Grundschuld bestehen, weniger bedeutend wären, als vielfach angenommen wird. Es erscheint daher angemessen, daß wir durch Vergleichung

beider Formen der dinglichen Belastung herauszufinden suchen, worin die Verschiedenheiten bestehen.

Wir schließen uns hierbei an die Formeln der Eintragung an. Letztere gestaltet sich bei der Hypothek wie folgt:

„Tausend Mark Darlehn mit 5 Prozent Zinsen, jährlich am 1. Januar verzinslich, gegen sechsmonatliche Kündigung am 1. Januar oder am 1. Juli zahlbar, eingetragen für . . . auf Grund der Schuldurkunde vom . . . am . . .“,

dagegen für die Grundschuld beispielsweise wie folgt:

„Tausend Mark Grundschuld mit 5 Prozent Zinsen jährlich am 1. Januar verzinslich, gegen sechsmonatliche Kündigung am 1. Januar oder am 1. Juli zahlbar, eingetragen für . . . am . . .“

Die Eintragungsformeln sind, wie man sieht, fast gleich, nur steht in der letzteren statt „Darlehn“ „Grundschuld“ und fehlen in der letzteren die Worte „auf Grund der Schuldurkunde vom . . .“

Die eben gedachten Worte bezeichnen offenbar einen nicht wesentlichen Unterschied. Soll eine Hypothek eingetragen werden, so muß die Schuldurkunde vorgelegt werden (§ 19 Nr. 1 am Ende E. E. G.); über die Eintragung wird ein Hypothekenbrief ausgefertigt, und mit ihm die Schuldurkunde durch Schnur und Siegel verbunden (§ 122 G. B. O.).

Diese Formen sind, ob zwar unerläßlich, lediglich durch das positive Recht vorgeschrieben. Es wäre an sich wohl denkbar, daß zwei Kontrahenten vor dem Grundbuchrichter erklärten, sie hätten mündlich einen Darlehnsvertrag verabredet und durch Hingabe resp. Empfang des Geldes vollzogen; sie fordern resp. bewilligen auf Grund dieser mündlichen Abrede resp. des Bekenntnisses über den Empfang des Geldes die Eintragung von 1000 Mark Darlehn unter den gleichfalls mündlich vereinbarten Zins- beziehungsweise Kündigungs-Klauseln.

Der wesentliche Unterschied beider Eintragungsformeln muß also in dem Worte „Darlehn“ enthalten sein. Dies wird bestätigt durch die Bestimmung des § 19 Abs. 1 am Anfang E. E. G.:

Die Bewilligung kann mit Angabe eines Schuldgrundes geschehen (Hypothek) oder ohne Angabe eines Schuldgrundes (Grundschuld).

Aus dieser Bestimmung ist nicht zu folgern, daß die Eintragung

einer Grundschuld stets dann bewilligt sei, wenn die Interessenten die Angabe eines Schuldgrundes unterlassen, oder daß stets dann die Eintragung einer Hypothek beantragt worden, wenn die Interessenten ihrem Antrage die Bezeichnung des Schuldgrundes beigefügt haben. Es kommt vielmehr darauf an, ob dieselben vereinbart haben, daß die Eintragung mit, oder daß sie ohne Angabe eines Schuldgrundes erfolge, ob sie also beabsichtigen, daß das einzutragende Recht von dem zwischen ihnen bestehenden persönlichen Schuldverhältniß formell unabhängig sein solle oder nicht. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob die Parteien diese Unabhängigkeit als ein Abkommen über Beweisverzicht oder als einen von dem persönlichen Schuldverhältniß unabhängigen Formalschuldvertrag aufgefaßt haben.

Die Bestimmung unserer Gesetze geht darauf hinaus, daß die Eintragung einer Grundschuld mit Angabe des Schuldgrundes unzulässig sei, und hat hiermit die Absicht verbunden, die Grundschuld nicht blos grundbuchmäßig, sondern juristisch von dem Inhalte des motivirenden Schuldverhältnisses los zu lösen; die Grundschuld nicht als eine Hypothek ohne Angabe des Schuldgrundes, sondern als ein prinzipiell verschiedenes Recht hinstellen wollen.

Dies zeigt sich namentlich in der bei beiden Arten von Rechten verschiedenen Behandlung der Einrede.

Zwar ist bei der Grundschuld nicht der Satz aufgestellt, daß gegen die dingliche Klage aus einer Grundschuld alle Einreden unzulässig sind, welche aus dem zu Grunde liegenden persönlichen Schuldverhältnisse sich ergeben. Aber es ist in § 38 E. E. G. bestimmt:

> Gegen die Klage aus einer Grundschuld sind Einreden nur in so weit zulässig, als sie dem Beklagten gegen den jedesmaligen Kläger zustehen oder aus dem Grundschuldbrief sich ergeben, oder die Thatsachen, auf welche sich dieselben gründen, dem Kläger beim Erwerb der Grundschuld bekannt gewesen sind.

Die Einreden der ersten und zweiten Kategorie sind gewiß keine Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältniß. Einreden der dritten Kategorie können mit Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältniß eine materiell gemeinschaftliche Grundlage haben. Aber sie werden doch nicht deswegen zugelassen, weil sie dem persönlichen Schuldverhältnisse entstammen, sondern weil sie durch die Bekanntschaft, welche Kläger mit ihnen hat, diesen in bösen Glauben im Sinne des Gesetzes bringen.

Das ergeben die Motive mit nicht zu bezweifelnder Gewißheit. Das Gesetz hätte also unbedenklich den Grundsatz aufstellen können, daß gegen die Klage aus einer Grundschuld Einreden aus dem persönlichen Schuldverhältnisse in dieser ihrer Eigenschaft, d. h. ohne daß sie zugleich Einreden des bösen Glaubens darstellen, unzulässig seien. (Uebereinstimmend Brettner in Gruchot, Beiträgen N. F. II. Jahrgang 2. Heft S. 167.)

Anders liegt die Sache bei den Einreden, welche gegen die Klage aus der Hypothek gegeben werden. Hier ist die Zulässigkeit von Einwendungen auf Grund des persönlichen Schuldverhältnisses die Regel; nur gegen denjenigen Dritten hat sie nicht Statt, welcher die Hypothek gegen Entgelt erworben hat. Diesem können sie nur entgegengesetzt werden, wenn sie ihm „vorher" bekannt gewesen sind oder wenn sie sich aus dem Grundbuche ergeben. Daß durch die beigefügten Beschränkungen fast die Ausnahme zur Regel gemacht wird, und daß demnach die praktische Verschiedenheit des Einrederechts gegen Grundschuld resp. Hypothek eine nicht übermäßig bedeutsame ist, darf nicht zu dem Schlusse berechtigen, daß hier überhaupt nicht eine prinzipielle Verschiedenheit, sondern nur eine Abweichung in Nebenpunkten vorliege. (Vergl. Brettner a. a. O. S. 165, 166.)

Aus der hiernach erörterten Stellung, welche das Grundschuldrecht zu dem „grundleglichen" persönlichen Schuldverhältnisse einnimmt, darf man jedoch nicht folgern, daß das Grundschuldrecht nicht dennoch nach dem erklärten Willen der Parteien mit persönlichen Schuldverhältnissen in einen rechtlichen Zusammenhang gebracht werden könne (§ 52 E. E. G.), und zwar ohne daß es hierdurch die Natur einer Hypothek annimmt.

Noch viel weniger ist der Schluß erlaubt, daß, wenn letztere Ausnahme nicht eintritt, das Grundschuldrecht ein dingliches Recht ohne jegliche Beziehung auf einen Anspruch obligatorischer Natur sei. Dieser Schluß wird nur dann zulässig sein, wenn keine andere Beziehung des Grundschuldrechts auf einen obligatorischen Anspruch aufgefunden werden könnte, als diejenige, welche den unterstehenden Schuldverhältnissen gegenübertritt.

Auf das Gegentheil führt uns schon die fernere Betrachtung der Eintragungsformeln.

Gegenstand der Eintragung einer Hypothek sind, um bei dem gewählten Beispiele zu bleiben, „1000 Mark Darlehn nebst Zinsen";

die geschehene Eintragung bedeutet, daß das Grundstück, auf dessen Titelblatt sie sich bezieht, für die genannten 1000 Mark haftet. Also nicht die Hypothek wird eingetragen, sondern das durch die Hypothek zu sichernde Recht. Was ist nun aber Gegenstand der Eintragung bei einer Grundschuld? Letztere selbst ist es nicht, obwohl die Formel lautet „1000 Mark Grundschuld . . . Eingetragen . . .“ Denn die Entstehung der Grundschuld ist, wie aus der Verbindung von §§ 18 und 37 E. E. G. hervorgeht, eine Folge der Eintragung, und der Zusatz „Grundschuld“ zu „1000 Mark“ kann, wenn die Formel nicht inkorrekt genannt werden soll, nur anzeigen, daß hier nicht eine Hypothek, sondern wirklich eine Grundschuld hat geschaffen werden sollen, daß also die Weglassung eines anderweitigen Zusatzes hinter den Worten „1000 Mark“ nicht auf einem Versehen des Grundbuchrichters beruht. Gegenstand der Grundschuld müssen also wohl die „1000 Mark nebst Zinsen“ sein. Eine bloße Zahl sind diese 1000 Mark gewiß nicht. Den Umfang des dinglichen Rechtes aber bezeichnen sie nicht reell, sondern nur virtuell, da dieser Umfang wesentlich von dem jeweiligen Verkaufswerth des Grundstücks und von der anderweitigen Belastung desselben zur Zeit des Verkaufs abhängt. Sie bestimmen die Grenze, bis zu welcher der Inhaber der Grundschuld den Erlöswerth des Grundstückes ausnutzen darf, also den Geldwerth, welcher ihm durch das Grundstück gesichert werden soll.

Ist nun die Sicherung, welche das Grundstück bieten soll, eine rechtliche, so muß auch der Gegenstand der Sicherung wiederum ein Recht sein. „1000 Mark“ ohne weiteren Zusatz bezeichnen kein Recht; der Ausdruck „Grundschuld“ dürfte also neben der obigen negativen Funktion auch noch die positive Funktion haben, anzudeuten, daß der Inhaber der Grundschuld auf die zu sichernden 1000 Mark ein Recht hat.

Welches Recht aber? Gewiß nicht ein dingliches Recht auf 1000 Mark baar; auch nicht ein Nutzungsrecht am Grundstücke, dessen Werth mit 1000 Mark kapitalisirt worden. Also jedenfalls ein Recht, 1000 Mark zu empfangen. Ein solches Recht kann aber nur bestehen, wenn Jemand vorhanden ist, der 1000 Mark zu leisten hat. Das Recht auf die 1000 Mark muß also wohl obligatorischer Natur sein.

Die Grundschuld ist also eben so wohl wie das Pfandrecht ein Sicherungsrecht für einen obligatorischen Anspruch; es stimmt mit dem

letzteren darin überein, daß es nicht ein durchaus einheitlich geordnetes Recht, sondern daß es in zwei begreiflich trennbare Bestandtheile, eine dingliche und eine obligatorische Seite, zu zerlegen ist. Diese Zerlegung ist in der Theorie der Hypothek des preußischen Rechts anscheinend nicht immer mit der erforderlichen Strenge vorgenommen; ihre Verabsäumung dürfte wesentliche Schuld an der heutigen Gestalt der preußischen „Hypothek des Eigenthümers" tragen. Hiervon abgesehen ist sie von den Gesetzen des 5. Mai 1872 folgerichtig und sicher erkennbar durchgeführt worden.

Bei der Grundschuld hingegen ist die Frage, ob eine solche Zerlegung möglich oder nothwendig, keinesweges unzweifelhaft und unbestritten.

Von einigen, z. B. von Achilles in seinem Kommentar zu den Gesetzen vom 5. Mai 1872, wird geradezu behauptet, daß die Grundschuld, im Gegensatze zur Hypothek, nicht, wie diese, zur Sicherung eines „andern" Anspruchs bestimmt sei. (Zu § 52 E. E. G. S. 77 der 1. Auflage.) Der Kommissions-Bericht des Herrenhauses (Drucks. 1871—1872 Nr. 27 S. 60) meint, daß der Grundschuld „meistens" ebenfalls eine persönliche Schuldverbindlichkeit zum Grunde liegen wird. Und die Motive zum Entwurfe von 1871, welche unter dem Ausdrucke „Hypothek" im Wesentlichen das verstehen, was in dem später aus jenem Entwurfe hervorgegangenen Gesetze Grundschuld genannt wird, äußern sich in Betreff des § 34 (§ 38 des E. E. G.) folgendermaßen: „Die hypothekarische Klage . . bleibt allen Einreden ausgesetzt, die entweder aus dem Grundbuche sich ergeben oder die Aufhebung des Schuldverhältnisses dem Kläger gegenüber behaupten. Denn durch solche Einreden wird dargethan, daß der Zweck der Hypothek, die Sicherung einer Schuld, weggefallen ist, sie mithin selbst materiell nicht mehr besteht." (Drucksachen des H. H. 1871—1872 Nr. 8 S. 44.)

Dieser Unklarheit gegenüber dürfte es genügen, darauf hinzuweisen, daß die in vorstehendem von uns versuchte Entwickelung des Zweckes und der allgemeinen rechtlichen Natur des dinglichen Grundschuldrechts nicht blos auf die bisher gelieferte formale Beweisführung, sondern auf eine innere Nothwendigkeit sich stützt. Ein dingliches Recht, welches weder Eigenthums- noch Besitzbefugnisse oder Nutzungsrechte an einer körperlichen Sache gewährt, kann nicht wohl etwas anderes als ein Sicherungsrecht, und das zu sichernde Recht selbst, insofern es nicht

seine Sicherung in der Innehabung der Sache findet, nur ein obligatorisches sein. Daß die Gesetze vom 5. Mai 1872 sich dieser Erkenntniß nicht verschlossen haben, dafür bürgt ihre durchgehende Ausdrucksweise, welche die dingliche Seite der Grundschuld von derjenigen der Hypothek nicht durch erkennbare Grenzen scheidet.

Wir haben oben angedeutet, daß der Name „Grundschuld" für die Annahme nichts beweise, daß Grund und Boden gewissermaßen die Schuldnerrolle übernehmen. „Grundschuld" kann auch „Schuld vom Grunde und Boden" bedeuten. Hiermit ist freilich die Natur der Grundschuld nicht erklärt, denn es ist nicht gesagt, wer schulde und wie geschuldet werde. — Die Bezeichnung des aus der Grundschuld Berechtigten als Gläubiger (§§ 20, 23, 31 in fin., 35, 37, 42, 49 50, 53, 60 E. E. G., §§ 90, 94 G. B. O.) oder Grundschuldgläubiger (§§ 27, 28 in fin., 43, 45, 48 E. E. G. § 71 G. B. O.) ist unsern Gesetzen sehr geläufig. Dagegen haben sie den Ausdruck „Grundschuldner" vermieden; nur selten reden sie vom „Schuldner" (§ 61 E. E. G., § 95 G. B. O.), einmal vom „Verpfänder" (§ 56 E. E. G.), auch in Bezug auf die Grundschuld. Zumeist stellen sie dem Gläubiger den „Eigenthümer" des belasteten Grundstücks gegenüber, z. B. §§ 19, 21, 37, 56 E. E. G., §§ 94, 103 G. B. O. und öfter. Von dem Eigenthümer wird gesagt, er hafte „mit dem Grundstücke" nach §§ 30, 32 der E. E. G. (§ 37 eodem). Das E. E. G. spricht von dem „verpfändeten Grundstück", von den „Pfandverbindlichkeiten desselben" unter Einschluß der Grundschuld §§ 23, 32, 66 E.E.G.; von dem „befriedigten Gläubiger" §§ 42, 56 eodem, von Bezahlung und Tilgung der Grundschuld §§ 39, 63. Aus allen diesen Ausdrücken geht hervor, daß die beiden Grundbuchgesetze, indem sie das Recht der Grundschuld ausbildeten, von der Vorstellung sich nicht losgemacht haben, daß auch in dem Grundschuldrechte eine Vermischung dinglicher und obligatorischer Elemente vorhanden sei. Dies wird auch durch die Entstehungsgeschichte der Grundschuld bezeugt, denn sie ist aus Entwürfen hervorgegangen, welche nur ein Recht der Hypothek, und zwar ein solches kannten, welches der gegenwärtigen Grundschuld ähnlicher sieht, als der gegenwärtigen Hypothek. Ist aber dieses der Fall, dann ist es an uns, die Art dieser Vermischung durch Zerlegung aufzudecken.

Das dingliche Recht der Grundschuld ist also ebenso wie dasjenige der Hypothek die Unterlage eines zu sichernden Anspruches und

n dem Hypothekrecht insofern nur dadurch zu unterscheiden, daß e Bedingungen seiner Existenz andere sind. Der Inhalt beider Rechte der nämliche. Man pflegt das Pfandrecht, worunter wir hier das ypothek- wie das Grundschuldrecht zusammenfassen, als ein Veräußerungsrecht zu bezeichnen. Dies ist allerdings diejenige Befugniß s Pfandgläubigers, welche am tiefsten in das Recht des Eigenümers der verpfändeten Sache eingreift und den Begriff des Pfandchts als eines jus in re aliena am schärfsten ausdrückt. Aber das eräußerungsrecht ist nicht die einzige Befugniß, durch welche das ypothek- wie das Grundschuldrecht die unmittelbare rechtliche Macht s Gläubigers zur Erscheinung bringen. Das dingliche Recht desben ist unberechtigten Eingriffen Dritter gegenüber, sei es des Eigenümers oder anderer dinglich Berechtigter, eben so wohl ein Ausschlußcht, in ähnlicher Weise, wie das Eigenthum es ist. (Vgl. namentlich 50 E. E. G.) Daß es nicht schlechthin als ein Inbegriff von igenthumsbefugnissen bezeichnet werden kann, das ist begründet in em besonderen, außerhalb der Sachbeherrschung liegenden Zwecke, elchem das Pfandrecht dient. In seiner speziellen Eigenschaft als eräußerungsrecht ist aber das Pfandrecht wiederum mehr, als das loße Recht auf Aneignung eines bestimmten Antheils am Vermögensrerthe einer Sache. Es besteht zunächst in der Befugniß, den verfändeten Gegenstand dem Inhaber, sei es dem Eigenthümer, einem nderweitig Berechtigten, oder einem Nebenberechtigten, abzunehmen, odann in der weiteren Befugniß, die dergestalt in die Gewalt des Berechtigten gebrachte Sache durch Verkauf in eigenem Interesse in das Eigenthum eines Dritten zu bringen, und folgeweise in der Ermächtigung, den aus dem Verkaufe erzielten Geldpreis, sei es durch Aneignung tradirter Münzen oder durch Erwerb einer Kaufgelderforderung n sein, des Verkäufers, Vermögen zu übernehmen. Unmöglich ist es hingegen, den „Anspruch auf Erlangung einer Summe Geldes“ aus dem Grundstücke als einen unmittelbaren Ausfluß aus dem dinglichen Rechte herzuleiten, und die Forderung Stülers, dasjenige dingliche Recht nachzuweisen, aus welchem der Anspruch auf Erlangung dieser Geldsummen ohne vermittelnde Zwischenglieder folgt, liegt außerhalb der Grenzen einer berechtigten Polemik. (Stüler a. a. O. S. 270.)

Hiernach bleibt nichts übrig, als die Verschiedenheit der Hypothek und der Grundschuld in der beziehentlichen Natur der obli-

gatorischen Ansprüche zu suchen, zu deren Sicherung sie bestimmt sind.

Die Hypothek hat Bezug auf ein persönliches Schuldverhältniß. Insofern jedes obligatorische Verhältniß als ein Rechtsband von Person zu Person aufgefaßt werden kann, stimmt die Grundschuld mit jener hierin überein. Aber die Gesetze vom 5. Mai 1872 gebrauchen die Ausdrücke „persönliches Schuldverhältniß", „persönliche Verbindlichkeit" in etwas engerem Sinne. Es sind hiermit die individualisirten Obligationen aus Verträgen, Zuständen und Delikten gemeint, welche von vornherein von Person zu Person fixirt sind; nicht hingegen ist es derjenige obligatorische Anspruch, welcher dem dinglichen Grundschuldrechte den Charakter eines Sicherungsrechtes verleiht und welcher wenigstens insofern, als er nicht von vornherein zwischen bestimmten Gläubiger- und Schuldnerpersonen fixirt ist, ein an Personen haftender, ein „persönlicher" nicht genannt werden kann.

III.

Schließen wir nun, um die juristische Konstruktion dieses Anspruchs zu erkennen, abermals an die Eintragungsformel der Grundschuld uns an, so finden wir zu bezeichnen:

1. als den Inhalt der zu bestimmenden Obligation die eingetragene Geldsumme nebst ihren Zubehörungen,

2. als Gläubiger den — eingetragenen oder nicht eingetragenen — Grundschuldberechtigten, als Schuldner den — eingetragenen oder nicht eingetragenen — Eigenthümer.

Wir haben demnach zu untersuchen:

A. ob und in wie weit die eingetragene Geldsumme als Inhalt einer Obligation sich auffassen läßt,

B. in welcher Weise zwischen dem Grundschuldberechtigten und dem Verpflichteten das obligatorische Band hergestellt wird, welches uns berechtigt, Beiden die Bezeichnung als Gläubiger resp. Schuldner wirklich zu geben.

A.

Inwiefern ist die Leistung der eingetragenen Summe nebst Zubehörungen ein Recht des Grundschuldberechtigten, eine Pflicht des Belasteten?

Hier lassen verschiedene Möglichkeiten sich aufstellen.

1. Der Gläubiger — wir behalten diese Bezeichnung der Kürze wegen bei — ist zwar berechtigt, die von dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes (oder einem Dritten für ihn) bewirkte Leistung der eingetragenen Summen und der Zinsen als Zahlung zu empfangen und sie, wenn empfangen, als Erfüllung einer Schuldverbindlichkeit zurückzubehalten — soluti retentio. Aber dies Recht erwächst ihm erst durch den in der Zahlung ausgesprochenen Erfüllungswillen des Leistenden. Bevor gezahlt worden, ist weder ein Recht des Empfängers vorhanden, die Zahlung zu fordern, noch eine Pflicht des Leistenden, sie zu bewirken. Die Folge hiervon wäre, daß der Schuldner nicht genöthigt werden könnte, ein in Händen des Gläubigers befindliches Aequivalent als Zahlung der Grundschuldsumme behandeln zu lassen; Befriedigung des Gläubigers durch Kompensation wäre nur mit seinem des Grundschuldners, Willen, also nicht von Rechtswegen zulässig. Ueber die Statthaftigkeit einer Kompensation persönlicher Forderungen mit Geldleistungen aus einer Grundschuld sprechen sich unsere Gesetze vom 5. Mai 1872 nicht aus. Wir geben zu, daß aus diesem Stillschweigen die Zulässigkeit der Kompensation nicht sicher zu folgern ist. Indeß würde die an die Spitze gestellte Auffassung des Rechtsverhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner eine andere Folge nach sich ziehen, welche ausgeschlossen ist. Beruhte die rechtliche Natur der Geldleistung des Grundschuldners auf seinem Erfüllungswillen, so würde diesem der Empfangswille des Gläubigers entsprechen müssen. Dieser würde vielleicht fingirt werden können, wenn der Gläubiger die Grundschuld zur Rückzahlung gekündigt hat, unmöglich aber dann, wenn eine Kündigung nicht von Nöthen (Zinszahlung) oder wenn dieselbe vom Schuldner ausgegangen ist. Der Gläubiger würde die Annahme verweigern, und statt derselben an das Grundstück sich halten können.

2. Der Empfang der Grundschuldsumme ist zwar nicht ein Recht, wohl aber eine Pflicht des Gläubigers, andererseits die Leistung derselben zwar nicht eine Pflicht, wohl aber ein Recht des Schuldners. Mit der Aufstellung dieses Satzes kommen wir zu dem Ergebnisse, daß die Leistung der Grundschuldsumme zwar ein Mittel für den Schuldner sei, die Verhaftung des Grundstücks zu lösen, jedoch nicht selbst Gegenstand einer obligatio: daß sie der Verpflichtung des promissor ex stipulatu, si Stichum non das, centum dare spondes?

entsprechend zwar in solutione, nicht aber in obligatione des Schuldners sei. Die Herausgabe des Grundstücks wird vom Gesetze nicht als eine obligatorische Pflicht, sondern ihre Erzwingung wird als eine Ausübung des dinglichen Rechts aufgefaßt: sie muß auch derjenige vornehmen, der nicht eingetragener Eigenthümer und Grundschuldner, sondern bloßer Besitzer (possessor oder detentor) ist, und für ihre Unterlassung haftet persönlich weder der Eigenthümer noch der Dritte. Kann aber die Herausgabe des Grundstücks nicht um deßwillen für die Erfüllung einer obligatio gelten, weil zufällig derjenige, welcher dem Gläubiger zu seiner Befriedigung das Grundstück einräumt, der eingetragene Eigenthümer ist, so ist für diesen in obligatione überhaupt nichts vorhanden, demnach aber die Geldleistung der Grundschuldsumme nicht als in solutione obligationis geschehen aufzufassen. Die Kompensation kann der Gläubiger hier ebensowenig erzwingen wie in dem Falle ad 1.

Es bleibt uns nunmehr

3. die Annahme übrig, daß die Empfangnahme der Grundschuldsumme wie deren Leistung ein Recht wie eine Pflicht sowohl des Gläubigers als des Schuldners sei. Hiermit ist das Vorhandensein einer wirklichen obligatio festgestellt, und zwar, wie wir nach dem Vorhergehenden nur anzudeuten brauchen, einer wahllosen, nicht einer alternativen obligatio. Die Leistung der Grundschuldsumme ist wirkliche Zahlung einer Schuld, nicht Leistung eines indebiti, welches nur deswegen nicht kondizirt werden kann, weil dem Empfänger die soluti retentio zusteht, oder Leistung einer Abfindung zu dem Endzwecke, daß der Grundschuldgläubiger das zu seiner Befriedigung dienende Grundstück nicht in Anspruch nehme.

Mit dieser, den Grundbuchgesetzen überall entsprechenden Auffassung stimmt es überein, wenn wir dem Gläubiger alle diejenigen Befugnisse gegen den Schuldner zugestehen, welche er ohne Anstellung der ihm versagten persönlichen Klage ausüben kann, namentlich die Kompensation mit einer, wenn auch persönlichen, Geldleistung, welche er dem Schuldner zu machen hat. Die obligatio aus der Grundschuld ist hiernach auch fähig, als Grundlage persönlicher Ansprüche zu dienen, welche sich durch Konstitutum oder Bürgschaftsbestellung an dieselbe ansetzen. Verspricht der Grundschuldner Zahlung, so wird nun hierdurch der Anspruch aus der Grundschuld zugleich ein persönlich klagbarer, erlischt freilich wiederum mit dem Erlöschen der Verbindlichkeit aus der

Grundschuld nach Maßgabe der Bestimmung des § 52 E. E. G., da die Grundschuld zur Sicherung des Anspruchs aus dem Konstitutum wenn auch nicht bestellt worden ist, so doch thatsächlich dient.

Wird Bürgschaft für die Zahlung der Grundschuld bestellt, so ist dieselbe als eine wirkliche accessorische Korrealobligation, nicht als eine bloße Gewährleistung für die Zulänglichkeit des Pfandes aufzufassen, wenn sie nicht letzteres nach ausdrücklicher Absicht der Kontrahenten hat sein sollen.

Hingegen kann die Grundschuld, als an die Grundbuchform geknüpft, nicht ohne weiteres durch Novation oder Vergleich in ihrem Bestande beeinträchtigt werden.

Der Inhalt wie der Umfang der Verbindlichkeit des Grundschuldners werden durch die eingetragene Summe nebst Zubehör (Zinsen und Kosten) bestimmt.

Die Verpflichtung geht auf Leistung einer Summe Geldes, nicht auch anderer vertretbarer Sachen. Und zwar ist sie unabhängig von demjenigen Rechtsgeschäfte, welches zur Bestellung der Grundschuld Veranlassung gegeben hat. Dies Rechtsgeschäft kann Kauf, Tausch Schenkung unter Lebenden oder von Todeswegen, auch Darlehn, Hingabe an Zahlungsstatt, Interzession, Novation, Vergleich oder anderer Art sein. Auf welche Art die Grundschuld bestellt worden, ist nicht durchaus gleichgültig, aber die betreffenden Umstände dienen nicht zur Begründung der Klage, sie können nur, wenn sie dazu sich eignen, der Ausübung des beschränkten Einrederechts zur Grundlage dienen, welches dem Schuldner zugestanden ist. Die aus der Grundschuld erwachsende Verbindlichkeit steht zu derjenigen Verbindlichkeit, welche zu ihrer Bestellung geführt hat, in dem Verhältnisse einer Parallel-Obligation, welche eine accessorische ist, so lange der Gläubiger der grundlegenden Verbindlichkeit Grundschuldberechtigter, der Schuldner aus jener Eigenthümer des verhafteten Grundstücks ist. Geht jedoch das Grundschuldrecht oder das Eigenthum des verhafteten Grundstücks ohne gleichzeitige Uebertragung der persönlichen Verbindlichkeit auf einen Dritten über, so verflüchtigt sich der Zusammenhang beider Obligationen zu der rein zufälligen Uebereinstimmung, in welcher die eingetragene Summe etwa mit der persönlich geschuldeten Snmme steht.

Der Umfang der Verbindlichkeit wird durch die eingetragene Geldsumme nebst ihren Zubehörungen — Zinsen und Kosten — auch dann noch bestimmt wenn der taxmäßige oder in Aussicht genommene

Verkaufswerth des verhafteten Grundstücks diesen Betrag überschreitet oder wenn er ihn nicht erreicht. Aber der Grundschuldner kann seiner Verpflichtung aus der Grundschuld frei werden, wenn er das verhaftete Grundstück seinen Gläubigern oder einem derselben zur Befriedigung aus dem Erlöse überläßt und seine Eigenschaft als Eigenthümer durch Zuschlag im Wege der Zwangsversteigerung verliert.

Dies und nicht mehr will der allerdings nicht unzweideutige Ausdruck besagen, daß der eingetragene Eigenthümer nur mit dem Grundstück hafte. Er haftet allerdings, von den besonderen Bestimmungen des § 30 E. E. G., welche eine beschränkte Mobiliarexekution zulassen, abgesehen mit seinem anderweitigen Vermögen nicht. Steht ihm aber z. B. gegen den Grundschuldgläubiger eine Forderung gleichviel welcher Art zu, mit welcher dieser kompensiren kann und will, so kann diese Kompensation nicht zurückgewiesen werden, weil dieselbe eine Haftung mit anderweitigem Vermögen in sich schlösse. Der Ausdruck „Haftung" setzt in seiner Anwendung auf ein Vermögensobjekt voraus, daß letzteres auch dann, wenn es dem Schuldner wider seinen Willen entzogen wird, seine vermögensrechtliche Beschaffenheit nicht verändert; dies trifft nicht zu bei der Forderung des Grundschuldners an den Gläubiger, welche durch Kompensation untergeht oder, grundbuchmäßig ausgedrückt, einen Rechtstitel für ihre erzwingbare Löschung hervorruft.

Die vorstehende Ausführung gilt jedoch nur für das Grundschuldrecht des Nichteigenthümers. Der Eigenthümer eines Grundstückes kann eben so wenig wie ein anderes Rechtssubjekt obligatorische Rechte gegen sich selbst erwerben, die Grundschuld des Eigenthümers kann also auch nicht ein dingliches Sicherungsrecht für einen derartigen Anspruch bilden. Ist nun ein dingliches Sicherungsrecht nicht denkbar ohne einen obligatorischen Anspruch, so würde die Grundschuld des Eigenthümers ein vom Inhalt des Eigenthumes unterscheidbares Recht nicht sein können; und ist ferner die Grundschuld nur in ihrer Auffassung als Sicherungsrecht juristisch zu erklären, so würde die Grundschuld des Eigenthümers keine Grundschuld sein.

Da jedoch die Gesetze vom 5. Mai 1872 einerseits die Eigenschaft der Grundschuld als eines Sicherungsrechts nicht verkennen lassen, und andererseits die Eintragung von Grundschulden für den Eigenthümer des belasteten Grundstücks gestatten, so werden wir zu der Frage

drängt, ob nicht dennoch ein dingliches Sicherungsrecht ohne Beziehung auf einen obligatorischen Anspruch denkbar ist, ob es also nicht dingliche Sicherungsrechte gebe, welche lediglich dingliche Rechte zum Gegenstande der Sicherung haben. Vorausgesetzt nun, die Grundschuld des Eigenthümers sei ein solches: welches dingliche Recht kann es denn sein, das durch die Grundschuld gesichert werden soll?

Nicht das Eigenthum selbst; denn dieses wird gegen unberechtigte Eingriffe Dritter durch die Eigenthumsklage geschützt, gegen berechtigte Eingriffe aber weder durch die Eigenthumsklage, noch durch Klage oder Einrede aus einer Grundschuld des Eigenthümers. Ist dieser an erster Stelle bis zum vollen Verkaufswerthe seines Grundstückes als Grundschuldgläubiger eingetragen, so kann er nicht verhindern, daß ein nacheingetragener Gläubiger durch Zwangsversteigerung ihm sein Eigenthum entzieht, indem derselbe Mehrbietender wird; er kann allerdings bei Belegung der Kaufgelder die Grundschuld für sich liquidiren, aber er hat sein Eigenthum für immer verloren. Der Eigenthümer sichert sich also durch Buchung von Grundschulden auf seinen Namen nur einen Anspruch auf Betheiligung am Erlöswerthe seines Grundstückes, und zwar nicht an einem ideellen Erlöswerthe, sondern an dem wirklichen, wie er beim Verkaufe erzielt wird. Ist aber dieser Anspruch ein dingliches Recht? Der Erlöswerth wird durch die Kaufgelder dargestellt: diese werden entweder baar bezahlt oder kreditirt. An den baaren Kaufgeldern kann ein dingliches Recht erst nach ihrer Einzahlung durch den Ersteher, an den rückständigen kann es überhaupt nicht entstehen. Das Verkaufsrecht des Grundeigenthümers selber aber ist entweder nur eine Ausübung des Eigenthumsrechts und demnach nicht ein besonderes, auf dem Eigenthum ruhendes dingliches Recht, oder es ist, je nachdem es aus dem Eigenthum oder aus der Grundschuld hergeleitet wird, ein doppeltes von unterscheidbarer respektiver Eigenthümlichkeit. Wenn es jedoch neben dem Eigenthümer-Verkaufsrecht noch ein besonderes Grundschuldgläubiger-Verkaufsrecht gäbe, so würde dies in seiner Richtung auf das verhaftete Grundstück doch einen andern Inhalt nicht haben und seine Spitze lediglich gegen die Befriedigung nachstehender Gläubiger aus dem Verkaufserlöse richten; es würde mithin ein vom Eigenthum unterscheidbares Recht am Grundstücke nicht darstellen. Wir können also, auch ohne durch das positive Recht unterstützt zu sein, das Verkaufsrecht des Grundschuldgläubiger-Eigenthümers getrost als einen Ausfluß des Eigenthumes behandeln.

So werden wir dem Schlusse nahe geführt, daß das in Grundschuld des Eigenthümers zum Ausdrucke gelangende Recht ledig das Eigenthum selber sei.

Der Eigenthümer eines unbelasteten Grundstückes zunächst erfä wie nicht schwer einzusehen, keine Veränderung in seinem Rechte durch, daß er auf seinen Namen Grundschulden eintragen u Grundschuldbriefe für sich ausfertigen läßt. Sein Eigenth bleibt thatsächlich so lange unbelastet, als er nicht die Grundschul an Dritte abtritt. Erst dann, wenn er letzteres ausführt oder Eigenthum ohne gleichzeitige Abtretung der Grundschulden ei Dritten aufläßt, tritt eine wirkliche Belastung des Grundstücks Leben. Beschwert er das Grundstück, welches schon mit für ihn buchten Grundschulden belastet ist, mit weiteren Hypotheken Grundschulden auf Namen dritter Personen, so tritt eine Wirkung für ihn eingetragenen Grundschulden in anderer Weise ein. Die eingetragenen Posten stehen seinen eigenen Posten nach, wenn er i nicht ausdrücklich den Vorzug vor diesen einräumt; er kann le bei der Kaufgelderbelegung für sich liquidiren, wenngleich die n stehenden Gläubiger ausfallen. Auch hier jedoch wird sich nicht erw lassen, daß durch die nachträgliche Beschwerung des Grundstücks rechtliche Bedeutung der voreingetragenen Grundschulden eine Ve derung erfährt. Der Eigenthümer hat durch diese nachträgliche lastung nicht Grundschuldrechte gegen Eigenthumsbefugnisse eingetaus er hat sich nur Ausschlußrechte vorbehalten, welche man, wenn diese nicht gerade von nachstehenden Pfandgläubigern angegriffen wür unbedenklich aus der libertas rei folgern würde. Ständen die Ge vom 5. Mai 1872 (arg. § 62 E. E. G.) nicht entgegen, so wü er ganz den nämlichen Zweck, welchen er durch Eintragung e Grundschuld auf seinen Namen erzielt, dadurch erreichen, daß erklärte: ich bestelle dem A. eine Hypothek oder Grundschuld „vo haltlich der ersten Tausend Mark" „nach Tausend Mark" „die zwei dritten ꝛc. tausend Mark als Hypothek oder Grundschuld."

Man kann die Freiheit des unbelasteten Eigenthums eine abso die Aufrechterhaltung der Eigenthumsfreiheit gewissen Lasten gegenü eine relative nennen.

Die absolute Libertät wird von dem R. R. nicht als ein bes deres neben dem Eigenthum bestehendes Recht an der Sache aufgef Welcher Grund liegt nun vor, die relative Freiheit des Eigenthu

als ein besonderes, nicht aus dem Eigenthum fließendes Recht aufzufassen? Allerdings kann man nicht sagen, daß der Ausschluß an sich berechtigter dinglicher Ansprüche aber so aus dem Wesen des Eigenthums folge, wie derjenige unberechtigter. Aber man wird auch das Verhältniß des Eigenthums gegenüber bloßen Prätensionen nicht als Eigenthumsfreiheit bezeichnen; es reicht hier das einfache Verhältniß von Recht zum Unrecht aus. Die libertas rei tritt als besondere Seite der Eigenthumsbefugnisse nicht schon dadurch hervor, daß das Recht den Eigenthumsbegriff anerkennt, sondern erst dadurch, daß es neben dem Eigenthum auch jura in re aliena zuläßt. Die libertas als Inbegriff einer Mehrheit von Einzelbefugnissen folgt also nicht aus dem Eigenthumsbegriff an sich, sondern aus dem Umstande, daß ein Konflikt zwischen dem Eigenthum und den dinglichen Rechten als möglich gedacht, seine Lösung ein theoretisches Bedürfniß wird. Haben wir uns nun einmal daran gewöhnt, die Eigenthumsbefugnisse stets ohne Rücksicht auf diesen Konflikt zu betrachten, so werden wir leicht verleitet, in derjenigen Gewalt des Eigenthümers, kraft deren er in einem solchen Konflikte die Oberhand behält, ein selbständiges Gegenrecht zu erblicken. Das Römische Recht hat von dieser Verirrung sich freigehalten (vgl. l. 18 § 2 D. quem adm. serv. 8 6, l. 6 7, l. 32 § 1 D de S. P. U. 8 2, l. 4 § 7 D. si serv. vind. 8 5) nicht immer aber desgleichen die Neueren.

Die Libertät des Eigenthums kann nun wiederum ein anderes Attribut besitzen, welches nicht in jedem Konflikt mit juribus in re aliena zur Geltung kommt und also in diesem Sinne nicht als wesentlich zu bezeichnen ist; das Attribut der Priorität. Dasselbe ist nämlich nur solchen dinglichen Rechten gegenüber von Bedeutung, welche dergestalt in einer Reihenfolge zur Ausübung kommen, daß das in der Reihe vorgehende das nachfolgende unbedingt ausschließt. Das Römische Recht kennt eine Priorität nur bei Pfandrechten, nicht auch bei Servituten; wohl aber die neueren Grundbuchgesetze, insbesondere die preußischen vom 5. Mai 1872, welche die Eintragungen in der zweiten Abtheilung — also Altentheile, Nießbrauch ꝛc. — zu denen der dritten Abtheilung — Hypotheken und Grundschulden — in ein Rangverhältniß setzen. Demgemäß hat auch das Römische Recht nur Pfandrechten gegenüber die Eigenschaft der Priorität an der libertas rei entwickelt.

Die mit der Eigenschaft der Priorität ausgestattete libertas rei

mußte in manchen Beziehungen den Regeln des Pfandrechts folgen. Zwar war es nicht unbedingt nothwendig, daß sie das Accessorium einer persönlichen Forderung bildete; indeß mußte sie sich nach Römischem Rechte stets aus einem wirklichen Pfandrechte entwickeln, ein Umstand, der auf die ihr beigelegte Wirksamkeit selbst dann nicht ohne Einfluß blieb, wenn die Forderung, deren Accessorium das zur libertas umgewandelte Pfandrecht gewesen war, erloschen war. Sie gab dem Eigenthümer einen Schutz gegen nachstehende Pfandrechte, welcher ihn letzteren gegenüber in der Stellung eines besser berechtigten Pfandgläubigers erhielt. Sie war darin dem Pfandrechte ähnlich, daß ihr Umfang sich ebenfalls durch eine bestimmte Geldsumme ausdrücken ließ, welche der Berechtigte aus dem Erlöse seiner Sache sich anzueignen auch wider den Willen konkurrirender Pfandgläubiger berufen war. Ja es hat den Anschein, als wenn selbst eine rückwärtige Verwandlung der libertas rei in ein wirkliches Pfandrecht dem Römischen Rechte nicht unbekannt gewesen sei. Windscheid Pand. § 248 Note 29 und Text zu derselben, vgl. auch l. 59 pr. D. ad S. C. Trebellian. 36 1, und zu dieser Stelle Windscheid Pand. § 225 Note 13 § 249 Note 5 und namentlich § 665 Note 4a und die resp. Texte zu diesen Noten.

Diese weitreichende Verwandtschaft zwischen dem pfandrechtsartigen Eigenthumsschutz und dem Pfandrechte selbst hat dazu geführt, daß der „monstrose Begriff" (Puchta) eines Pfandrechts an der eigenen Sache aus unsrer civilistischen Literatur bis auf den heutigen Tag nicht zu verdrängen gewesen ist. Indeß dieser Begriff ist, wie jetzt mehr und mehr anerkannt wird, weniger ein Begriff, als ein vielleicht anfechtbarer Ausdruck, welcher in Ermangelung eines zutreffenderen für einen in seinen Grundzügen nicht angezweifelten Rechtsschutz ausgewählt worden ist. So lange man daran festhält, daß das römische Pfandrecht ein jus in aliena re ist, so lange bleibt die Bezeichnung eines Rechts als eines Pfandrechts an der eigenen Sache ein logischer Widersinn, und so lange wir nicht im Stande sind, zwischen Eigenthum und zwischen jura in re aliena eine koordinirte Mittelklasse dinglicher Rechte einzuschieben, welche weder Eigenthum, noch jura in re aliena sind, so lange bleibt uns nichts übrig, als jeden dinglichen Rechtsschutz, welcher nicht auf jura in re aliena sich gründet, unter die Kategorie des Eigenthumsschutzes zu verweisen.

Wenn wir aber andererseits zugeben, daß der Eigenthumsschutz,

welcher Pfandrechten zu widerstehen geeignet sein soll, ein besonders gearteter sein muß, so fallen die Bedenken, welche gegen die Aufgabe des Begriffs eines Pfandrechts an eigner Sache vorgebracht werden können, vollständig hinweg. Es läßt sich kein Merkmal aufweisen, welches darauf hindeutet, daß das Recht, welches dem Eigenthümer einer Sache aus dem pfandrechtsartigen Schutze gegen nachstehende Gläubiger in Folge eines Rechtsgeschäfts erwächst, ein prinzipiell anderes ist, als dasjenige, welches durch Ersitzung der Pfandfreiheit, welche doch jedenfalls den Namen einer libertatis usucapio verdient, aus einem erloschenen Pfandrechte hervorgegangen ist.

Der pfandrechtartige Eigenthumsschutz hat überdieß gewisse Besonderheiten, welche sich nur daraus herleiten lassen, daß er auf das Eigenthum zurückgeführt wird. Während das römische Pfandrecht nur ausnahmsweise die Forderung wechseln konnte, zu welcher es ein Accessorium bildete, nicht aber ohne Beziehung auf jede Fordng beruhen, so kann andererseits der pfandrechtsartige Eigenthumschutz einer zu sichernden Forderung ganz entbehren. Wenn Jemand einem Pfandschuldner die Mittel zur Abfindung eines Gläubigers gewährt und sich dafür das Eigenthum der Pfandsache übertragen läßt, so braucht eine Forderung des Sacherwerbers gegen Niemanden zu bestehen, er hat aber doch die pfandrechtliche Sicherheit des abgefundenen Gläubigers gewonnen.

Vor allem aber ist charakteristisch für die Natur des sogenannten Pfandrechts an der eigenen Sache, daß derjenige, welcher auf ein solches sich berufen kann, doch das Verkaufsrecht des eigentlichen Pfandgläubigers nicht hat, mithin nicht wider sich selbst den Antrag auf Subhastation stellen kann, möchte er auch ein noch so großes Interesse an der Einleitung der Subhastation haben. (Motive in den Drucksachen des Herrenhauses 1871—1872 Nr. 8 S. 51.)

Auf dem Boden der Anschauung nun, daß das Pfandrecht an eigner Sache nichts als ein qualifizirter Eigenthumsschutz ist, stehen die Gesetze vom 5. Mai 1872 nicht weniger als das römische Recht. Ja, wir möchten die Behauptung wagen, daß sie, indem sie dem sogenannten Pfandrecht an eigner Sache eine im römischen Rechte nicht nachweisbare systematische Ausbildung gegeben, viel dazu beigetragen haben, daß die Bedeutung dieses Rechtes klarer als bisher zu erkennen ist.

Indem sie dem Eigenthümer die Befugniß geben, auf seinen

Namen Grundschulden eintragen zu lassen und hierdurch erst das weitere Recht, über die Grundschuld zu verfügen und auf dritte Personen die vollen Rechte eines Grundschuldgläubigers zu übertragen, zeigen sie, daß in der bloßen Eintragung von Grundschulden und durch die nothwendig hiermit verbundene Empfangnahme von Grundschuldbriefen eine rechtliche Verfügung noch nicht gegeben ist. Eine Veränderung tritt freilich ein: der Eigenthümer, welcher Grundschulden auf seinen Namen eintragen läßt, kann nunmehr diejenigen Eigenthumsbefugnisse, welche ohne diese Eintragung in der libertas rei liegen würden, nicht mehr anders als in grundbuchordnungsmäßiger Form ausüben.

Diese Form aber ist die Form der Grundschuld, und zwar so vollständig, daß ihr zu Liebe die Eintragung von dem gegenwärtigen Inhalte des eingetragenen Rechtes nothwendig abweichen muß. Der Grundschuldner kann nicht an sich selbst Kapital oder Zinsen zahlen, und doch kann die Eintragung einer Grundschuld auf den Namen des Eigenthümers ebensowohl wie jede Eintragung einer andern Grundschuld oder einer Hypothek außer der Kapitalsumme den Zinssatz oder die Bemerkung der Zinslosigkeit und die Bedingung der Rückzahlung angeben. (§ 23 E. E. G.) Diese Zusätze bleiben so lange inhaltlos, als nicht die Grundschuld auf einen Dritten übergeht. Sie bilden die Brücke, auf welcher das Libertätsrecht des Eigenthümers grundbuchmäßig in eine wirkliche Grundschuld sich verwandeln kann, ohne daß es einer neuen Bewegung der Grundbuchbehörde bedarf.

Ganz dasselbe Verhältniß tritt ein, wenn eine auf den Namen eines Dritten eingetragene Grundschuld auf den Eigenthümer des verhafteten Grundstücks übergeht. Es ist wenigstens nirgends ein Anhalt dafür gegeben, daß die so entstandene Grundschuld des Eigenthümers eine andere rechtliche Bedeutung hat, als diejenige, welche durch ursprüngliche Eintragung auf den Namen des Eigenthümers zur Entstehung kommt. Unten wird zu zeigen sein, daß eine solche Grundschuld aufhört, von einer obligatorischen Verpflichtung begleitet zu sein, wenn sie gleich bis zum Uebergange auf den Eigenthümer mit einer solchen verbunden war. Die in blanco abgetretene Grundschuld — und der Zinsquittungsschein, welcher nichts andres als ein in sehr summarischer Form abgefaßter Blancogrundschuldbrief über eine Zinsrate ist — wechseln ihren Charakter, je nachdem sie dem Eigenthümer des verhafteten Grundstücks oder dritten Personen zustehen; im ersteren

Falle gilt von ihnen, was über die Eigenthümergrundschuld, im letzteren Falle das, was über die auf den Namen eines Dritten eingetragene oder eintragbare Grundschuld in dem gegenwärtigen Abschnitte ausgeführt worden ist.

So ist der Begriff der Grundschuld nach den Gesetzen vom 5. Mai 1872 nur durch die Erkenntniß klar zu legen, daß die Grundschuld des Eigenthümers und die einem Dritten zustehende Grundschuld als Rechte aufgefaßt werden, welche in ihrer grundbuchmäßigen Form gleich sein können, im übrigen aber wesentlich verschieden sind. Nur die Grundschuld, welche dem Nichteigenthümer des verhafteten Grundstücks zusteht, ist eine Grundschuld in dem regelmäßigen Sinne der Gesetze, eine dingliche Last, welche zur Sicherung eines obligatorischen Anspruchs auf Leistung der Grundschuldsumme rc. dient; die Grundschuld des Eigenthümers hingegen zwar ihrer grundbuchmäßigen Form nach ein selbständiges dingliches Recht, thatsächlich aber kein jus in re aliena, sondern ein aus dem allgemeinen Inhalte des Eigenthums nicht auszuscheidender Inbegriff von Befugnissen.

Unterscheiden wir hiernach eine eigentliche und eine uneigentliche Grundschuld, so können wir die erstere definiren als ein (dingliches) Recht an einer fremden Sache zur Sicherung einer nur durch die eingetragene Summe nebst Zubehör inhaltlich bestimmten Zahlungsverbindlichkeit; die letztere als einen zur grundbuchmäßigen Selbständigkeit erhobenen Inbegriff von Eigenthumsbefugnissen, welcher auf einen bestimmten Geldwerth veranschlagt und der Verfügung des Eigenthümers nur in der grundbuchmäßigen Form der Grundschuld unterworfen ist.

Die „Hypothek des Eigenthümers“ im Sinne der Gesetze vom 5. Mai 1872 ist ihrem Wesen nach nichts anderes als die Grundschuld des Eigenthümers. Beeinflußt jedoch von der besonderen Entwickelung, welche sie schon vor Einführung dieser Gesetze im preußischen Rechte genommen hat, unterscheidet sie sich von der Grundschuld des Eigenthümers dadurch, daß die persönliche Forderung, welche durch ihre Eintragung gesichert werden sollte, in der Hand eines dritten Erwerbers der Eigenthümerhypothek wieder auflebt, wenngleich sie inzwischen durch Konfusion, Zahlung, Erlaß, Vergleich, Kompensation getilgt und mithin nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes ein für alle mal erloschen ist. (§§ 63, 64 E. E. G.) Es hält schwer, diese Erneuerung der alten Forderung anders als auf Grundlage einer freilich sehr

willkürlichen Fiktion zu konstruiren und diese Fiktion durch etwas anderes als die Bequemlichkeit des Verkehrsbedürfnisses zu rechtfertigen.

IV.

B.

Das durch die Grundschuld im eigentlichen Sinne zu sichernde Recht ist also ein obligatorisches. Da indeß aus der Thatsachen der dinglichen Berechtigung resp. Belastung die Gläubigerschaft und das Schuldnerverhältniß sich nicht von selber ableiten, so ist nunmehr die Frage zu beantworten, in welcher Weise zwischen dem Grundschuldberechtigten und dem aus ihr Verpflichteten das obligatorische Band hergestellt wird, welches uns berechtigt, beiden die Bezeichnung als Gläubiger resp. Schuldner wirklich zu geben.

Wir erkennen sofort, daß hier keine Obligation aus Delikt oder Quasidelikt in Frage steht. Aber schon die Frage, ob wir es mit einer Kontrakts- oder Zustandsobligation zu thun haben, kann uns in Verlegenheit setzen.

Eine zwiefache Möglichkeit liegt vor:

1. Das obligatorische Element der Grundschuld entsteht durch den Vertrag, durch welchen das dingliche Recht begründet resp. übertragen wird.

2. Es knüpft sich kraft gesetzlicher Bestimmung an die Thatsachen des erworbenen dinglichen Rechts resp. passiv des Eigenthums an.

Ad 1.

Der regelmäßige Hergang bei der Bestellung einer nicht eingetragenen Grundschuld wird der sein, daß der gegenwärtige Eigenthümer des zu belastenden Grundstückes mit einem Dritten ein Rechtsgeschäft abschließt, kraft dessen er sich verpflichtet, auf den Namen des letzteren eine Grundschuld eintragen zu lassen. Aber durch dies Geschäft wird noch nicht die Grundschuld bestellt. Es bedarf hierzu vielmehr noch a. der formellen Eintragungsbewilligung und b. der Eintragung selbst. Die erstere ist ein einseitiges Anerkenntniß des Eigenthümers und zwar nicht ein solches, welches dem Gläubiger gegenüber, sondern welches vor dem Grundbuchrichter wirksam sein soll. Wenn daher auch der Gläubiger unter Vorlegung der urkundlich beglaubigten Bewilligung beim Grundbuchamte die Eintragung der Grundschuld beantragt, so

klärt auch er zwar hierdurch, daß er die Eintragungs-Bewilligung für sich verwerthen wolle, aber wiederum nicht dem Eigenthümer, sondern dem Grundbuchrichter gegenüber. Es liegen also hier zwei korrespondirende Willenserklärungen über die Einräumung resp. den Erwerb eines Rechts vor, welche beide an den Staat, beziehungsweise den diesen vertretenden Beamten, gerichtet sind, übrigens nicht gleichzeitig zu sein brauchen und von denen die eine abgegeben werden kann, ohne daß der andere Theil von ihrer Abgabe etwas erfährt, als durch die Zustellung des Grundschuldbriefes resp. durch die Benachrichtigung, welche das Grundbuchamt besorgt.

Schon diese Umstände müssen uns überzeugen, daß die persönliche Seite der Grundschuld durch einen Konsensualvertrag (nur ein solcher kann in Frage sein) nicht zur Entstehung kommt. Auch das Bemühen, auf andere Art der eben erörterten Vorgang als Entstehungsform eines Vertrages uns zurecht zu legen, ist unnütz: das obligatorische Recht, welches zu sichern die Grundschuld bestimmt ist, entsteht nicht unabhängig von der Grundschuld, es entsteht nur durch die Thatsache, daß die Grundschuld, und in der Weise, wie sie eingetragen worden ist. Die Eintragung selbst stellt sich nicht als ein Akt richterlicher Vertragsvermittelung, sondern als eine in urkundlicher Form abgegebene richterliche Erklärung dar, welche weder der streitigen noch lediglich der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern dem Gebiete der sogenannten jurisdictio mixta angehört.

Handelt es sich hingegen um die Uebertragung einer bestehenden Grundschuld auf einen andern Gläubiger oder deren Uebernahme durch einen andern Schuldner, so ist eben so wenig die jedesmalige vertragsmäßige Knüpfung eines obligatorischen Bandes zwischen Gläubiger und Schuldner nachzuweisen. Die Uebertragung der Grundschuld unter Lebenden wird zwar Abtretung (Cession) genannt, aber sie entfernt sich sowohl von dem Grundgedanken eines römischen mandatum in rem cessionarii wie von der neueren gemeinrechtlichen Auffassung der Cession bedeutend. Das Vertragsverhältniß zwischen Cedenten und Cessionar, durch welches ersterer zur Abtretung und letzterer zur Uebernahme der Grundschuld verpflichtet wird, bewirkt nicht den Uebergang des dinglichen Rechts. Letzterer erfolgt vielmehr durch einen Formalakt, durch das Hingeben des Grundschuldbriefs nebst der schriftlichen, gerichtlich oder notariell beglaubigten Abtretungserklärung (vgl. §§ 20, 54 E. E. G. §§ 79—81 G. B. O.); mündliche Uebertragung,

wenngleich unter Tradition des Grundschuldbriefes, oder Acceptation der gehörig formirten Abtretungserklärung ohne Empfang des Grundschuldbriefes ist nicht ausreichend, Acceptation der Abtretungserklärung, wenn der Grundschuldbrief übergeben, ist überflüssig.

Hierbei brauchen weder der Cedent noch der Cessionar zu wissen, wer im gegenwärtigen Falle Eigenthümer des verhafteten Grundstückes ist. Das wesentliche ist für Beide die Tradition zweier mit Mängeln nicht behafteter Urkunden, deren eine, der Grundschuldbrief, wegen seiner durch den Staat verbürgten Uebereinstimmung mit dem Grundbuche einen, für jeden Dritten auch ohne Berücksichtigung von Gewährmännern ziemlich sicher zu beurtheilenden Werth hat und, wenn auch nicht in gleicher, so doch in ähnlicher Weise wie das Papiergeld, selbst als ein Werthobjekt betrachtet werden kann. Es wird also nicht sowohl eine Forderung an eine Person übertragen resp. von einer solchen übernommen, sondern eine Mehrheit von, wenn auch auf dem nämlichen Papierbogen geschriebenen, Urkunden tradirt. — Aehnliches, wie bei der Abtretung, gilt bei der Verpfändung, wenn letztere nicht etwa in bloßer faustpfandlicher Hingabe des Grundschuldbriefes bestehen soll, welche zur Geltendmachung der Grundschuld überhaupt nicht berechtigt.

Die Uebertragung einer Grundschuld unter Lebenden zeigt also Merkmale, welche sie der Uebertragung von Inhaberpapieren (Förster Theorie und Praxis des Preuß. Privatrechts Bd. I. S. 364 (3. Aufl.) nahe bringen. Hiernach erklärt es sich, daß die Uebertragung keinen wesentlich anderen Character dadurch annimmt, daß die Grundschuld in blanco abgetreten, oder daß Zinsquittungsscheine ausgefertigt werden. Nur die Form der Uebertragung wird erleichtert, die jedesmalige Wiederholung der gerichtlichen oder notariellen Förmlichkeit erspart; aber die juristische Natur des Uebertragungsaktes bleibt dieselbe, mag nun die Abtretungserklärung auf eine bestimmte Person oder in blanco lauten.

Bestreitet man also dem Erwerber eines Inhaberspapiers, in specie dem Inhaber einer in blanco abgetretenen Grundschuld oder eines Zinsquittunngsscheines, das Bewußtsein, eine Forderung gegen einen individuell bestimmten Schuldner erworben zu haben, so kann man dasselbe mit dem nämlichen Rechte einem jeden Erwerber einer Grundschuld bestreiten.

Der Erwerb der Grundschuld von Todeswegen hat begreiflicher-

weise auf die rechtliche Struktur weder der dinglichen noch der obligatorischen Seite derselben Einfluß.

Auf der andern Seite bietet die Uebertragung des verhafteten Grundstücks auf einen andern Eigenthümer, insbesondere diejenige durch Auflassung noch viel weniger Analogien mit Vertragsformen, welche zwischen dem Erwerber und dem Grundschuldgläubiger ein obligatorisches Band anzuknüpfen vermögen. Der Erwerber des Grundstücks verpflichtet durch den seinem Erwerb zu Grunde gelegten Vertrag sich nur seinem Auktor; wenn er verspricht, die auf dem Grundstücke haftenden Grundschulden zu übernehmen oder zu agnosziren, so ändert dies seine Stellung dem Gläubiger gegenüber nicht; er haftet ihm hier gerade so wie er ihm dann haftet, wenn er ohne jede desfallsige Vertragsberedung ein Grundstück an sich auflassen läßt.

Es ist natürlich denkbar, daß die Uebertragung einer Grundschuld in den Formen der Cession, diejenige eines für die Grundschuld verhafteten Grundstückes unter gleichzeitiger Schuldübernahme, oder beide Akte kombinirt nach Art der Novation (Delegation) erfolgen können; aber die Verbindung dieser Vertragsformen mit der Abtretung einer Grundschuld beziehungsweise der Auflassung ist stets eine zufällige, welche das Wesen dieser beiden Akte nicht berührt.

Aus dem Ausgeführten dürfte sich ergeben, wie bedenklich es ist, mit Förster (a. a. O. Band III. S. 383) das durch die Grundschuld dinglich zu sichernde Recht als ein Summen versprechen zu bezeichnen. Der Eigenthümer, welcher einem Dritten eine Grundschuld bestellt oder eine auf seinen, des Eigenthümers Namen gebuchte Grundschuld abtritt, verspricht durch den Akt der Bestellung nichts; er belastet sein Grundstück und erkennt hierdurch an, daß er diejenige Zahlungspflicht auf sich nehme, welche kraft Gesetzes mit einer derartigen Sachbeschwerung verbunden ist. Der neue Gläubiger läßt sich nichts versprechen, er nimmt ein dingliches Recht entgegen, wenn auch in dem Bewußtsein, daß ihm mit diesem Recht zugleich ein Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Summe gegeben sei. Mit der cautio indiscreta theilt der Grundschuldbrief das Merkmal, daß ein Schuldgrund nicht angegeben ist; nicht hingegen das Merkmal, daß eine Willenserklärung vorliegt, deren Gegenstand eine Leistung ist.

Insbesondere ist die Grundschuld nicht mit dem Wechsel in eine Klasse von Verträgen zusammen zu werfen; der Grundschuldbrief ist kein „Realwechsel.“ Beim Wechsel ist stets der Schuldner (Trassat,

Acceptant, Aussteller eines eigenen Wechsels oder eines solchen an eigne Ordre) fixirt. Durch die allerdings an eine Reihe von gegenwärtig nicht bestimmten, sondern nur möglichen Gläubigern gerichtete Formel „an Ordre“ ist ferner dafür gesorgt, daß zwischen jedem einzelnen Wechselgläubiger (Trassanten, Indossatar) einerseits und dem Bezogenen andererseits ein obligatorisches Band geknüpft wird. Dies vermag, so lange der Wechsel nicht begeben wird, Wirkungen zu erzeugen, welche auch nach erfolgtem Indossament nicht ex postfacto vernichtet, nicht als nicht entstanden betrachtet werden. Nur der in blanco indossirte Wechsel macht hier eine Ausnahme und ist in sofern dem in blanco abgetretenen Grundschuldbriefe verwandt.

Es liegt nicht in unserer Absicht, die wesentliche Verschiedenheit, welche zwischen der Grundschuld und dem Wechsel bei einer gewissen äußeren Aehnlichkeit besteht, hier weiter auszuführen. Sie wird ohnehin unten auch im einzelnen schärfer heraustreten. Die grundsätzliche Verschiedenheit beider Rechtsinstitute läßt sich durchgreifend dahin ausdrücken, daß der Wechsel ein Vertrag ist, die obligatorische Seite der Grundschuld nicht.

Ad 2.

Wir werden daher das Richtige treffen, wenn wir der obligatorischen Seite des Grundschuldrechtes ihren Platz unter den Zustandsobligationen anweisen, also annehmen, daß die Obligation aus der Grundschuld aktiv an das Grundschuldrecht im subjektiven Sinne, passiv an das grundbuchmäßige — eingetragene oder nicht eingetragene — Eigenthum des verhafteten Grundstücks kraft Rechtssatzes sich anknüpft.

Die juristische Konstruktion dieser Anknüpfung ist freilich nicht ohne Schwierigkeit. Denn das Grundschuldrecht bedarf, wenn wir es in seiner isolirten Eigenschaft als dingliches Recht betrachten, keines obligatorischen Bandes; ihm ist es gleich, wer „Gläubiger“, wer Eigenthümer des verhafteten Grundstückes ist. Der Eigenthümer muß sich rechtliche Eingriffe von jedem gefallen lassen, der als Grundschuldgläubiger sich ausweist. Wie läßt da die Knüpfung eines obligatorischen Bandes zwischen gewissen (cetus) Personen sich denken?

Vermehrt wird die Schwierigkeit durch einen oben von einer anderen Seite betrachteten Grundsatz, welcher der obligatorischen Seite des Grundschuldrechts eine wesentliche Besonderheit verleiht: den Grundsatz, daß der Eigenthümer nur „mit dem Grundstücke“ haftet.

r haben aus dieser Regel vorher den Umfang der Haftpflicht des enthümers zu bestimmen versucht: hier müssen wir den Umstand Auge fassen, daß das Eigenthum auch den rechtlichen Grund, „das bestal“ seiner Haftpflicht bildet, also eine Bedeutung jenes Satzes tern, welche am einfachsten und schärfsten hervortritt, wenn wir Wort „mit“ durch „una cum“ ins Lateinische übersetzen.

Eine Haftung, also auch ein persönliches Gebundensein muß stets der Grundeigenthümerschaft zusammentreffen. Und nur demjenigen d gehaftet, welcher kraft seines Grundschuldrechtes eine unmittelbare cht über das Grundstück besitzt. Wird also eine Grundschuld neu ellt, so haftet der Eigenthümer dem Erwerber scheinbar, wie wenn einen obligatorischen Vertrag mit einander geschlossen hätten. Das igerische dieser Vorstellung tritt aber sofort hervor, wenn der ndschuldgläubiger seine Grundschuld abtritt oder wenn der Eigen- mer das Grundstück an einen Dritten aufläßt. Der ursprüngliche erber der Grundschuld besitzt gegen den Eigenthümer des verhaf- n Grundstückes, gleichviel ob dieser der Besteller der Grundschuld : oder nicht, so wenig Rechte, als wäre er nie Gläubiger gewesen, der neue Erwerber hat das Grundschuldrecht, als wäre er der- ge, dem die Grundschuld ursprünglich bestellt worden. Der ver- ernde Eigenthümer wird von der Grundschuld frei, wie wenn er nals Grundschuldner gewesen wäre, gleichviel ob der Inhaber der ndschuld im Momente der Auflassung noch der ursprüngliche oder Cessionar ist, und der neue Erwerber des Grundstückes haftet, wie n er von Anfang an Grundschuldner gewesen wäre. Diesen Grund- n entspricht es, daß gegen die Klage aus der Grundschuld Einreden der Person des Rechtsvorgängers nicht unmittelbar hergeleitet den können, sondern nur mittelbar, insofern sie einen dolus auch gegenwärtigen Klägers begründen.

Wir haben hier diejenige Besonderheit obligatorischer Rechtsver- hnisse vor uns, welche als „Unbestimmtheit“ der betheiligten Gläu- r- resp. Schuldnerindividuen bezeichnet werden kann. Bei den In- erpapieren läßt sich nur von „Unbestimmtheit des Gläubigers“ reden, Schuldner bleibt immer eine und dieselbe Person. Bei der Grund- ld tritt zu der Unbestimmtheit des Gläubigers noch eine in dem- en Sinne aufzufassende Unbestimmtheit des Schuldners hinzu. Ein- ngen sind zwar bestimmte Personen, aber durch die Eintragung d noch nicht festgestellt, daß nun zwischen diesen Personen ein obli-

gatorisches Band zur wirklichen Existenz komme; es wird nur fe
stellt, daß der eingetragene Grundschuldgläubiger, der eingetragene
genthümer als möglicher Gläubiger resp. Schuldner, und zwar
erster Linie, in Betracht kommen. Sollen sie zugleich wirklicher Glä
biger resp. Schuldner werden, so müssen noch andere Thatsachen h
zukommen, welche durch die Eintragung allein nicht verwirklicht werd
Was aber von der Neueintragung einer Grundschuld gilt, das gilt i
analoger Weise auch von allen eingetragenen oder nicht eingetrage
Uebergangsakten, welche den Grundschuldgläubiger oder den Eigenthü
des verhafteten Grundstücks resp. durch andere Personen ersetzen

Es sind dieselben Eigenthümlichkeiten vorhanden, welche auch d
juristische Konstruktion der Inhaberpapier-Obligation erschweren. Die
selbst ist hier nicht zu erörtern. Es bleibt daher nur der Anschluß a
eine der bisher zur Darstellung gebrachten Theorien übrig, wobei w
nicht anstehen, der von Goldschmidt angedeuteten und von Förster a. a.
O. Band I. Seite 364 f. grundzüglich ausgeführten den Vorzug z
geben.

„Durch den Erwerb des Inhaberpapiers, sagt Letzterer, entscheid
sich, wer Gläubiger sein kann, erst durch die Präsentation, die Klag
oder Einlösung, wer wirklich Gläubiger ist. Bis dahin ist zwar ein
durch die Ausstellung des Papiers bekundeter einseitiger Verpflichtungs-
wille vorhanden, das obligatorische Band ist von der einen Seite fest-
gehalten, aber noch ist ungewiß, wer es von der andern Seite er-
greifen und dadurch die Obligation zum Abschluß bringen wird. Die
Gläubigerschaft schwebt noch. Von dem Moment an, wo der Inha-
ber des Papiers sich bei dem Schuldner meldet, ist er dessen bestimmter
Gläubiger geworden: Gläubiger ist der Präsentant.“

Die Abweichungen, welche bei Anwendung dieser Theorie auf die
obligatorische Seite der Grundschuld statthaben, ergeben sich leicht. Im
Inhaberpapier kommt ein wirklicher Verpflichtungswille als Summen-
versprechen zur Erscheinung: „an den Vorzeiger dieser Worte zahlt die
Bank N Mark ohne Prüfung der Legitimation;“ in dem Grund-
schuldbriefe nicht, wenigstens nur mittelbar und durch die Form „Ein-
getragen rc.“ mehr verdeckt als hervorgehoben. Die Verpflichtung,
welche der Aussteller eines Inhaberpapiers übernommen hat, bleibt auf
ihm liegen, während der Verpflichtete aus der Grundschuld mit der-
selben Leichtigkeit und, dürfen wir hinzusetzen, nach denselben Grund-
sätzen sich ändern kann, wie der Gläubiger.

Nur eins bedarf eingehenderer Erörterung: Die Frage, welcher [Vor]gang bei der Grundschuld diejenige Funktion hat, welche beim In[ha]berpapier in der Präsentation liegt.

Die Grundschuld zerfällt in zwei verschiedene Obligationen, eine [Ha]upt- und eine Zins-Obligation. Die erstere wird in der Regel durch [Kün]digung, ausnahmsweise durch Zeitablauf, Subhastation ꝛc., die [letz]tere regelmäßig nur durch Zeitablauf fällig. An diese aus der Ein[tra]gung resultirenden Obligationen können sich dann noch Kostenschul[de]n ansetzen für Kündigung, Klage, Beitreibung. Die Grundschuld[ve]rpflichtung ist also nicht einheitlich organisirt, wie die Verbindlichkeit [au]s dem Inhaberpapier.

Bei der Haupt- und der Zinsverbindlichkeit kommen zwei Zeit[pu]nkte in Betracht, in welcher die Fixirung der Obligationen zwischen [be]stimmten Gläubiger- und Schuldnerpersonen sich vollziehen kann: der[je]nige der Fälligkeit und derjenige der Forderung (des Angebots, der [E]inlösung, der Klage). Wäre ersterer der entscheidende, so hätten wir [ei]ne durch bloßen Zeitablauf fixirte Obligation. Ohne davon zu wissen [od]er daran zu denken, würde derjenige Grundschuldgläubiger, während [de]ssen Herrschaft über das Grundschuldrecht eine Zinsrate fällig wird, [hie]rdurch persönlicher Gläubiger desjenigen, welcher zur Zeit der Fäl[li]gkeit Eigenthümer des belasteten Grundstückes wäre, möchte er nun [di]e Zinsen einziehen wollen oder nicht; er würde Gläubiger der Haupt[sc]huld, wenn diese unter seiner Rechtsherrschaft fällig wird, möchte er [ge]kündigt haben oder nicht; dagegen würde er troß geschehener Kündi[gu]ng niemals Gläubiger, wenn er nach geschehener Kündigung die [G]rundschuld aus der Hand gäbe.

Eine derartige Fixirung der Obligation wäre ohne Beispiel. Daß [si]e, namentlich bei den durch Quittungsscheine verbrieften Zinsraten, [pr]aktisch zu unhaltbaren Ergebnissen führen würde, braucht hier nicht [w]eiter ausgeführt zu werden.

Dagegen lösen sich alle Bedenken, wenn wir, der Präsentation bei [I]nhaberpapieren entsprechend, die Regel festhalten: Gläubiger ist, wer [d]ie Zahlung von dem gegenwärtigen Eigenthümer des verhafteten [G]rundstückes rechtmäßig fordert oder annimmt, Schuldner derjenige [E]igenthümer, von welchem Zahlung rechtmäßig gefordert resp. geleistet [w]ird.

Die Einforderung kann stattfinden bei Zinsraten nach ihrer Fäl[l]igkeit. Wird die Zinsrate nicht eingefordert, so ist ein bestimmter

Gläubiger resp. Schuldner noch nicht vorhanden; die Zinsforderun
kann in der Person eines Nachinhabers des Grundschuldrechts u
eines Nachfolgers des belasteten Eigenthümers zur Entstehung komme
wie wenn diejenigen Personen, welche zur Zeit der Fälligkeit Gru
schuldgläubiger beziehungsweise Eigenthümer des Grundstückes wa
dies niemals gewesen wären. Fordert aber ein Grundschuldberechtig
die Zinsrate ein oder nimmt er sie vom Schuldner anstandlos
gegen, so ist er nun Gläubiger resp. gewesen, wie wenn er seit
Entstehung es gewesen wäre. Ueberträgt er das Grundschuldrecht
der Einforderung der Zinsrate an einen Dritten, so wird zwar d
in den Stand gesetzt, die dingliche Klage wegen der noch nicht gezah
Zinsrate anzustellen, und derjenige Inhaber der Grundschuld, we
die Zinsrate gefordert hat, besitzt eine persönliche Klage nicht. Z
diesem aber der Grundschuldner in gutem Glauben, so würde er
wie wenn er einem wirklichen Cedenten statt dem Cessionar ge
hätte. Bei Zinsraten, welche durch Quittungsscheine verbrieft
trifft diese Ausführung natürlich nicht zu. Hier ist Gläubiger
Präsentant.

Der Zahlung ist jedoch die Kompensabilität in dieser Bezie
nicht gleich zu setzen. Wird die Gläubigerschaft erst durch Forde
Angebot oder Leistung, also durch eine Thätigkeit der Betheilig
zwischen zwei möglichen Gläubiger- und Schuldnerpersonen als wirkl
fixirt, so ist die Annahme nicht ohne weiteres berechtigt, daß die
Möglichkeit, welche der Schuldner hatte, der Zinsforderung in der P
eines Grundschuld- resp. Zinsberechtigten den Kompensationseinw
entgegen zu setzen, die Obligation zwischen diesen Beiden hierdurch
soweit die Möglichkeit reicht, fixire. Für diese Annahme darf
nicht den Satz „ipso jure fieri compensationem" in's Gefecht füh
dieser ist nur solchen Obligationen gegenüber anwendbar, welche
Beginn der Aufrechnung an zwischen fixirten Gläubiger- und Schuld
personen bestanden. Dem praktischen Zweck der Grundschuld und
beschränkten Natur des bezüglichen Einrederechts entspricht es,
die Zulässigkeit der Kompensation nicht an die blos mögliche, son
an die wirkliche Gläubiger- resp. Schuldnerschaft geknüpft wird.

Es liegt daher die Behauptung nahe, die Uebertragung d
durch den Vormann des Klägers eingeforderten, aber nicht gezah
Zinsrate sei nur in der Form der Cession d. h. nur durch ausd
liche Ueberweisung zulässig; sonst könne Beklagter dem Kläger den

nd der mangelnden Legitimation zur Sache entgegensetzen, wenngleich dingliche Klage an sich begründet ist und der Cedent ein Klagerecht t hat. Hingegen könnte eine unter der Rechtsherrschaft eines Vor-nes fällig gewordene, aber nicht eingeforderte Zinsrate nach erfolg. Abtretung nicht mehr an den Vormann, sondern nur an den hinhaber bezahlt werden. Der Schuldner, von welchem eine fällige srate gefordert worden ist, könnte zwar durch die Veräußerung des ndstückes von der Haftung sich befreien. Aber diese Befreiung de nicht die Wirkung haben, als wenn der Befreite nie Grund-ldner gewesen wäre. Er würde persönlich für das Interesse haften n er die Veräußerung in der Absicht vorgenommen hätte, seinem ubiger die Rechtsverfolgung zu erschweren, nicht, weil er den Be- des Grundstückes dolos aufgegeben hatte, sondern weil er einer igation arglistig zuwidergehandelt hatte.

Im Ganzen gilt nun von der Hauptschuld das Nämliche, was von den Zinsraten ausgeführt ist. Die Hauptschuld wird obli-orisch fixirt regelmäßig durch Kündigung, nicht erst durch die Fäl-eit. Daher ist die Abtretung einer gekündigten (Haupt-) Grundschuld t wie die Abtretung einer nicht gekündigten zu behandeln. Zwar iert auch hier der frühere Gläubiger die dingliche Klage, und der uldner kann auch nicht mehr an ihn zahlen, wenn er von der er-ten Abtretung benachrichtigt worden ist. Vor dieser Benachrichti-g aber steht ihm dies frei, wie jedem eigentlichen Cedenten gegen-r, nur muß der Cedent in der Lage sein, ihm den Grundschuld-f ausliefern zu können (vgl. § 63 f. f. G., § 94 G. B. O).

Auf den Nachinhaber geht die Grundschuld als eine gekündigte r, so daß die Kündigung von demselben nicht wiederholt zu werden ucht. Der Schuldner einer gekündigten Grundschuld überträgt die-e passiv als eine gekündigte, und haftet seinerseits, wenn er nach Kündigung die Veräußerung seines Eigenthumes arglistig zum htheil des Gläubigers bewirkt hat.

Analog fixirt die Einleitung der Subhastation die Gläubiger- Schuldnerpersonen, die ersteren jedoch erst dann, wenn sie sich ent-er freiwillig melden, oder wenn sie durch den Zwang des Gerichts Vermeidung des Ausschlusses erfolglos angehalten worden sind. letzteren Falle bestimmt sich der Berechtigte nach dem Inhalte des ndbuchs, wenngleich ohne Herbeischaffung des Grundschuldbriefes t an ihn gezahlt werden kann.

Noch ist der Kosten zu gedenken. Auch diese können nur mit der dinglichen Klage aus der Grundschuld verfolgt werden. Nichts desto weniger erscheint der Anspruch auf Kostenerstattung zunächst an die Person desjenigen gebunden, welcher sie aufgewendet hat. Der Nachinhaber kann Kosten des Vormannes nur wirksam einfordern, wenn ihm das Recht auf deren Erstattung cedirt worden ist. Ist dies nicht geschehen, so kann der Schuldner der Erstattungsforderung den Einwand des mangelnden Interesses — der mangelnden Legitimation zur Sache — entgegensetzen. Der Schuldner überträgt seinerseits die Grundschuld passiv mit den Kostenaccessionen, doch so, daß dem Nachfolger die Einreden zu gute kommen, welche sein Auktor gehabt hätte. Unnütz aufgewendete Kosten braucht kein Grundschuldner zu erstatten. Die Kostenforderungen bilden also wirkliche, zwischen bestimmten Personen fixirte obligatorische Rechtsansprüche, welche nur das besondere haben, daß sie nicht vermittelst einer persönlichen Klage beigetrieben werden können.

Der Zahlungsaufforderung des Grundschuldgläubigers steht das rechtmäßige Angebot der Zinsschuld oder der Hauptschuld, welches den Grundschuldgläubiger in Verzug setzt, in sofern gleich, als auch hierdurch die Fixirung der Gläubiger und Schuldnerrollen bewirkt wird. Daß durch Zahlung resp. Annahme derselben die Grundschuldobligation fixirt wird, folgt daraus, daß die Zahlung als Erfüllung einer Obligation aufgefaßt werden muß.

V.

So stellt sich die obligatorische Seite des Grundschuldrechts in ihren allgemeinen Zügen dar, welche weiter in's einzelne zu verfolgen, die Grenzen unserer Aufgabe überschreiten würde.

Man kann der vorstehenden Ausführung nicht entgegenhalten, daß wir durch dieselbe mit dem Ergebnisse des ersten Theiles unserer Untersuchung in Widerspruch getreten sind, daß wir nämlich das Grundschuldrecht als dingliches Sicherungsrecht für einen obligatorischen Anspruch hingestellt haben, während wir jetzt behaupten, daß ein obligatorisches Band zwischen Gläubiger und Schuldner nicht schon mit der Entstehung des dinglichen Rechts, sondern zu einem späteren möglicherweise sehr fern liegenden Zeitpunkte geknüpft werde; daß wir also das dingliche Grundschuldrecht in materieller Beziehung als ein accessorisches Recht hingestellt haben, welches seines Prinzipalrechts für lange Zeit entbehren könne.

Es ist der nämliche Einwand, welchen Förster a. a. O. Band I. S. 365 als Vertreter der Goldschmidt-Försterschen Theorie der Inhaberpapiere zurückweist, der Einwand, daß die vielen Millionen umlaufender Inhaberpapiere eigentlich ohne juristische Existenz seien. Auf dem Standpunkte der Gesetze vom 5. Mai 1872 haben wir mit der Widerlegung dieses Einwandes hier nichts mehr zu thun; denn jene Gesetze haben positiv anerkannt, daß Grundschulden durch Abtretung in blanco den Inhaberpapieren gleichgestellt werden können, ohne daß in dem ihnen zur Unterlage dienenden dinglichen Rechte etwas geändert wird. Aus der Natur der dinglichen Rechte überhaupt ist nichts zu folgern, was einer derartigen Regelung der Sache widerspräche, denn die Existenz des dinglichen Rechts ist mit einer gewissen Unbestimmtheit der Person des Berechtigten wohl verträglich.

Schon das römische Recht kannte eine Eigenschaft des Eigenthums, welche den Uebergang von dem Veräußerer auf einen Erwerber ermöglichte, ohne daß die Persönlichkeit des Erwerbers im Momente der Veräußerung als fixirt erscheint. Das ist die sogenannte Pendenz des Eigenthums. Wenn ein Sklave, welcher im Nießbrauch eines Dritten war, unter Abschluß eines Kreditantrages eine Sache käuflich erworben hatte, so war es zunächst noch in der Schwebe, wer der Eigenthümer der Sache geworden war, ob der Proprietar oder der Nießbraucher der Sklaven. Aus wessen Vermögensmasse der Kaufpreis entnommen wurde, der war der wahre Eigenthümer der verkauften Sache geworden, und zwar wurde er nicht etwa erst jetzt Eigenthümer, sondern jetzt war es gewiß geworden, daß er es gleich von Anfang an geworden war. l. 43 § 12. D. de A. R. D. 41, 1, l. 12, § 5 extr., l. 25 § 1 D. de usufr. 7 1. Aehnliches kam bei dem peculium castrense vor „utique cujus fuerit, eventus declarat“ sagt l. 98 § 3 D. de solut 46 3. (Vangerow Pand. § 301. I. 2.)

Diese Besonderheit des Eigenthums entspricht in ihrer Anwendung auf das dingliche Grundschuldrecht durchaus der Gestaltung der obligatorischen Seite der Grundschuld. Es ist mit der Bestellung der Grundschuld sofort ein festes dingliches Recht vorhanden. Grundbuchmäßig ist auch der dinglich Berechtigte sofort bestimmt. Aber wer das dingliche Recht ausübt, in dem Sinne, daß er als von Anfang, seit der Bestellung der Grundschuld, dinglich Berechtigter in Konkurrenz resp Kollision tritt, das bestimmt sich nach der Person dessen, in welchem ein obligatorisches Band wegen der Haupt- oder der Zinsschuld

daß dem Kläger das beanspruchte Recht gar nicht zusteht, der Verklagte also dem Kläger gegenüber sich gar nicht im Unrecht befindet.

Mit gutem Grunde sagt deshalb Danz im § 19 seiner Grundsätze des gemeinen Deutschen bürgerlichen Prozesses:

„Die edelste und wohlthätigste Pflicht des Richters ist es, unnöthige Streitigkeiten abzuschneiden. Er darf daher ein ihm übergebenes Klageschreiben dem Gegentheile nicht geradezu mittheilen, sondern er muß dasselbe vorher sorgfältig prüfen."

Im Französischen Prozeß hat der Richter allerdings die Klage nicht zu prüfen. Mag auch die Klage ergeben, daß der Richter für die Entscheidung nicht zuständig, der Kläger oder Verklagte zur Sache nicht legitimirt oder die Klage in sich nicht schlüssig ist, der Gerichtsschreiber muß dem Verklagten die an sich unbegründete Klage doch zustellen, also den Prozeß einleiten.

Schlink rühmt dies S. 456 Bd. 1 seines Commentars über die Französische bürgerliche Prozeßordnung als einen Vorzug des Französischen Verfahrens. Er stellt diese Befugniß durch unbegründete Klagen den Verklagten in einen Prozeß verwickeln zu können, der Preßfreiheit gleich. Dabei übersieht er aber, daß derjenige, welcher Unsinniges drucken läßt, damit einen andern nicht verpflichtet: diesen Unsinn zu widerlegen, und zu diesem Zwecke Zeit und Kosten aufzuwenden. Stellt Jemand aber eine unsinnige Klage an, und läßt das Gesetz zu, daß diese unsinnige Klage dem Verklagten behändigt wird, so veranlaßt dies Gesetz den Verklagten diesen Unsinn zu widerlegen, und zu diesem Zwecke Kosten aufzuwenden, welche ihm der Staat nicht ersetzt, wenn der Kläger zahlungsunfähig ist.

Bei der Berathung in Hannover sprach man sich nach S. 34 der Protokolle gegen die richterliche Prüfung der eingereichten Klage um deshalb aus, weil diese Prüfung mit dem Prinzip der Mündlichkeit unvereinbar sei.

Die Mündlichkeit ist aber gar kein Prinzip, sondern die mündliche Verhandlung ist nur eins der Mittel, um den Streit zur Kenntniß des Gerichts zu bringen.

Ganz richtig wird daher S. 217 der Motive zum Entwurf von 1871 gesagt:

„Mündlichkeit des Verfahrens ist ein zwar gängiger, aber inkorrekter Ausdruck. Man spricht richtiger, von dem Grund-

satze der Unmittelbarkeit der Verhandlung, und versteht darunter, daß die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte eine mündliche sein soll.

Aus dieser Formulirung ergiebt sich, daß der Grundsatz der Mündlichkeit eben so wenig wie der Grundsatz der Oeffentlichkeit das ganze Prozeßverfahren beherrscht. Er hat seine Bedeutung für den freilich erheblichsten, aber doch beschränkten Theil des Verfahrens . . .

Selbst in denjenigen Fällen ist für den Grundsatz der Mündlichkeit kein Raum, wo eine richterliche Entscheidung auf einseitigen Antrag einer Partei zu treffen ist oder doch getroffen werden kann.

Dahin gehören beispielsweise Arreste und einstweilige Verfügungen, die Abschaffung eines Richters und die Bestimmung des ersten Richters.

In derartigen Fällen wird der Gesetzgeber, um die richtige Anwendung der Gesetze zu sichern, auszusprechen haben, daß die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen könne."

Offenbar ist aber eine Klage auch der einseitige Antrag einer Partei, in welchem sie die Einleitung eines Prozesses durch den Richter verlangt. Man sieht nicht ein, warum über die Zulässigkeit der Klage an sich nicht eben so gut wie über die Zulässigkeit eines Arrestgesuchs ohne mündliche Verhandlung vom Gerichte entschieden werden kann. Wozu soll die mündliche Verhandlung über eine an sich unbegründete Klage, also über ein rechtliches Unding dienen?

Die Motive zum Entwurfe vom Jahre 1871 berühren die theoretische Seite der Frage gar nicht, sondern sie bemerken nur S. 307:

eine sachliche Prüfung des Inhalts der Klage ist, wie sich aus der ganzen Konstruktion des Verfahrens ergiebt, ausgeschlossen.

Wäre diese Behauptung begründet, so würde dies freilich dem neuen Verfahren keineswegs zur Empfehlung dienen. Denn die vorläufige Prüfung der eingereichten Klage ist aus dem Gefühl des Bedürfnisses und der dem Deutschen Richter eigenthümlichen Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit hervorgegangen. Es wäre sehr zu beklagen, wenn dies-

theoretisch richtige und praktisch so heilsame Maßregel um deshalb abgeschafft werden müßte, weil sie sich mit dem vorgeschlagenen neuen Verfahren nicht vereinigen läßt.

Indeß ergiebt schon die oben angeführte Stelle der Motive des Entwurfs von 1871, daß danach die richterliche Prüfung eingereichter Klagen zulässig ist, ohne daß es einer mündlichen Verhandlung bedarf. Wir werden aber auch zum Schluß sehen, wie die richterliche Prüfung der Klage sich mit den Vorschriften des Entwurfs leicht vereinigeu läßt.

2. Der praktische Erfolg

dieser Prüfung der Klage ergiebt sich aus den folgenden Zahlen.

Es sind beim Kreisgerichte zu Naumburg

im Jahre 1862 überhaupt 926 Klagen eingeleitet, 82 Klagen aber durch Verfügung zurückgewiesen,

im Jahre 1863 überhaupt 1132 Klagen eingeleitet, 49 Klagen aber durch Verfügung zurückgewiesen, und

im Jahre 1864 überhaupt 1175 Klagen eingeleitet, 54 Klagen aber durch Verfügung zurückgewiesen,

danach sind in den 3 Jahren überhaupt 2233 Klagen eingeleitet, 185 aber durch Verfügung zurückgewiesen.

Gegen die Zurückweisung dieser 185 Klagen ist beim Appellationsgericht nur in 14 Fällen Beschwerde erhoben; nur in 3 Fällen ist die Beschwerde für begründet erachtet, obgleich dasselbe von dem Grundsatz ausgeht, in allen irgend zweifelhaften Fällen die Klage zuzulassen.

Freilich kann diese Zulassung unbegründeter Klagen dem Kläger dann Vortheil bringen, wenn der Verklagte sich auf die Klage garnicht einläßt, weil die Erfahrung lehrt, daß solche unbestrittene Klagen nicht mit der Sorgfalt geprüft werden, als wenn der Verklagte selbst die Mängel der Klage gerügt hat. Dies wäre aber ein dem Staatszweck widerstreitende Begünstigung des Unrechts, und ein Nachtheil für alle diejenigen Verklagten, welche es nicht für nöthig halten, ihren Widerspruch geltend zu machen, weil sie glauben, der Richter werde bei der Abfassung des Erkenntnisses die Mängel der Klage selbst heraus finden und deshalb den Kläger abweisen.

Man glaube nicht, daß unsere Frage um deshalb ihre praktische Wichtigkeit verliere, weil nach den vorliegenden Entwürfen die Par-

den sich vor den Landgerichten durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen, in diesen Prozessen die Klagen also von einem Rechtsverständigen angefertigt sind.

Denn einmal lehrt die Erfahrung, daß auch von Rechtsanwalten unzulässige Klagen eingereicht werden.

Dann aber, und das ist die Hauptsache, ist die Zahl der bei den Landgerichten anzustellenden Klagen eine äußerst geringe.

Man erwäge, daß nicht vor die Landgerichte gehören:

die Handelsstreitigkeiten

und alle diejenigen Prozesse, welche

einen Werthgegenstand bis 100 Thlr.,

Viehverkäufe,

Miethsstreitigkeiten und

die Ansprüche wegen außerehelicher Schwängeruug

zum Gegenstande haben. Damit gehört kaum ein Sechstel aller Prozesse vor die Landesgerichte.

Wir begegnen hier wieder dem großen Fehler, der Entwürfe, daß dieselben den Gang des Prozesses vollständig nur für diejenigen Prozesse regeln, in denen sich die Parteien von Rechtsanwalten vor den Landesgerichten vertreten lassen müssen. Die geringen Abweichungen für die große Mehrzahl der übrigen Prozesse finden sich in nur 11 Paragraphen des 1. Abschnitts im 2. Buche zusammen gestellt, welcher von dem Vorfahren vor den Handelsgerichten und den Amtsgerichten handelt. Mon hat aber bei diesen Abweichungen den wichtigen Umstand, daß vor den Handels- und Amtsgerichten die Parteien befugt sind, ihre Rechte selbst warzunehmen, viel zu wenig berücksichtigt.

So läßt es sich z. B. nur bei denjenigen Prozessen, in denen die Parteien durch einen Rechtsanwalt vertreten werden, rechtfertigen, daß die Entwürfe bestimmen, es sollen den Parteien, nur nicht wie dies bisher geschieht, Verwarnungen gestellt werden. Man kann aber nur den Rechtsanwalten, nicht aber den Parteien, welche ihre Rechte selbst wahrnehmen, zutrauen, daß sie die nachtheiligen Folgen kennen, welche das Gesetz an die Nichtbeachtung der richterlichen Verfügung knüpft.

Eben so verwirft der Entwurf von 1871 die Eventualmaxime, und gestattet in jeder Lage des Prozesses die nachträgliche Anführung neuer Thatsachen und Beweismittel. Nach S. 225 der Motive glaubt man die dadurch herbeigeführte Möglichkeit: die Prozesse zu

theoretisch richtige und praktisch so heilsame Maßregel um deshalb abgeschafft werden müßte, weil sie sich mit dem vorgeschlagenen neuen Verfahren nicht vereinigen läßt.

Indeß ergiebt schon die oben angeführte Stelle der Motive des Entwurfs von 1871, daß danach die richterliche Prüfung eingereichter Klagen zulässig ist, ohne daß es einer mündlichen Verhandlung bedarf. Wir werden aber auch zum Schluß sehen, wie die richterliche Prüfung der Klage sich mit den Vorschriften des Entwurfs leicht vereinigeu läßt.

2. Der praktische Erfolg

dieser Prüfung der Klage ergiebt sich aus den folgenden Zahlen.

Es sind beim Kreisgerichte zu Naumburg

im Jahre 1862 überhaupt 926 Klagen eingeleitet, 82 Klagen aber durch Verfügung zurückgewiesen,

im Jahre 1863 überhaupt 1132 Klagen eingeleitet, 49 Klagen aber durch Verfügung zurückgewiesen, und

im Jahre 1864 überhaupt 1175 Klagen eingeleitet, 54 Klagen aber durch Verfügung zurückgewiesen,

danach sind in den 3 Jahren überhaupt 2233 Klagen eingeleitet, 185 aber durch Verfügung zurückgewiesen.

Gegen die Zurückweisung dieser 185 Klagen ist beim Appellationsgericht nur in 14 Fällen Beschwerde erhoben; nur in 3 Fällen ist die Beschwerde für begründet erachtet, obgleich dasselbe von dem Grundsatz ausgeht, in allen irgend zweifelhaften Fällen die Klage zuzulassen.

Freilich kann diese Zulassung unbegründeter Klagen dem Kläger dann Vortheil bringen, wenn der Verklagte sich auf die Klage garnicht einläßt, weil die Erfahrung lehrt, daß solche unbestrittene Klagen nicht mit der Sorgfalt geprüft werden, als wenn der Verklagte selbst die Mängel der Klage gerügt hat. Dies wäre aber ein dem Staatszweck widerstreitende Begünstigung des Unrechts, und ein Nachtheil für alle diejenigen Verklagten, welche es nicht für nöthig halten, ihren Widerspruch geltend zu machen, weil sie glauben, der Richter werde bei der Abfassung des Erkenntnisses die Mängel der Klage selbst heraus finden und deshalb den Kläger abweisen.

Man glaube nicht, daß unsere Frage um deshalb ihre praktische Wichtigkeit verliere, weil nach den vorliegenden Entwürfen die Par-

eien sich vor den Landgerichten durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen, in diesen Prozessen die Klagen also von einem Rechtsverständigen angefertigt sind.

Denn einmal lehrt die Erfahrung, daß auch von Rechtsanwalten unzulässige Klagen eingereicht werden.

Dann aber, und das ist die Hauptsache, ist die Zahl der bei den Landgerichten anzustellenden Klagen eine äußerst geringe.

Man erwäge, daß nicht vor die Landgerichte gehören:

die Handelsstreitigkeiten

und alle diejenigen Prozesse, welche

einen Werthgegenstand bis 100 Thlr.,

Viehverkäufe,

Miethsstreitigkeiten und

die Ansprüche wegen außerehelicher Schwängerung

zum Gegenstande haben. Damit gehört kaum ein Sechstel aller Prozesse vor die Landesgerichte.

Wir begegnen hier wieder dem großen Fehler, der Entwürfe, daß dieselben den Gang des Prozesses vollständig nur für diejenigen Prozesse regeln, in denen sich die Parteien von Rechtsanwalten vor den Landesgerichten vertreten lassen müssen. Die geringen Abweichungen für die große Mehrzahl der übrigen Prozesse finden sich in nur 11 Paragraphen des 1. Abschnitts im 2. Buche zusammen gestellt, welcher von dem Vorfahren vor den Handelsgerichten und den Amtsgerichten handelt. Mon hat aber bei diesen Abweichungen den wichtigen Umstand, daß vor den Handels- und Amtsgerichten die Parteien befugt sind, ihre Rechte selbst warzunehmen, viel zu wenig berücksichtigt.

So läßt es sich z. B. nur bei denjenigen Prozessen, in denen die Parteien durch einen Rechtsanwalt vertreten werden, rechtfertigen, daß die Entwürfe bestimmen, es sollen den Parteien, nur nicht wie dies bisher geschieht, Verwarnungen gestellt werden. Man kann aber nur den Rechtsanwalten, nicht aber den Parteien, welche ihre Rechte selbst wahrnehmen, zutrauen, daß sie die nachtheiligen Folgen kennen, welche das Gesetz an die Nichtbeachtung der richterlichen Verfügung knüpft.

Eben so verwirft der Entwurf von 1871 die Eventualmaxime, und gestattet in jeder Lage des Prozesses die nachträgliche Anführung neuer Thatsachen und Beweismittel. Nach S. 225 der Motive glaubt man die dadurch herbeigeführte Möglichkeit: die Prozesse zu

verschleppen, durch die Erwägung zu beseitigen, daß die Anwälte, welche umgeben von ihren Collegen, Angesichts des Gerichts einen Rechtsstreit verhandeln, nur unter schwerer Beschädigung ihrer Dienstehre von Prozeßvorschriften mißbräuchliche Anwendung machen können.

Dieser an sich problematische Grund fällt doch aber für die große Mehrzahl der Prozesse, in denen die Parteien ihr Recht selbst wahrnehmen können, ganz fort.

Ebenso übersehen die Einwürfe, daß die Parteien in den allermeisten Prozessen befugt sind, Klagen, welche von ihnen selbst angefertigt sind, einzureichen. Die Erfahrung lehrt aber, daß solche Klagen häufig unbegründet und daß sie nicht geeignet sind, auf Grund derselben einen Prozeß einzuleiten.

Schließlich ist noch zu erwägen, ob die oben erwähnte Behauptung S. 307 der Motive des Entwurfs von 1871 begründet ist:

3. es lasse sich die richterliche Prüfung der Klage mit dem vorgeschlagenen Prozeßgange nicht vereinigen.

Nach den §§ 212 und 179 des Entwurfs von 1872 und dabei ist es auch in den späteren Entwürfen verblieben, muß die Klageschrift zum Zwecke der Bestimmung des mündlichen Termins bei dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts eingereicht werden. Der Gerichtsschreiber hat aber die Klage zur Bestimmung des Termins dem Vorsitzenden zu übergeben. Nach dieser Bestimmung des Termins soll der Gerichtsschreiber für die Zustellung der Klageschrift Sorge tragen.

Dies Verfahren ist aber ein unglückliches Mittelding. Es ist weder Französisch noch Deutsch.

Im Französischen Prozeß entspricht es der Passivität des Richters, daß man ihm die Sache möglichst bequem macht, also ihm den Prozeß so lange als möglich fern hält. Er bekommt deshalb auch die Klage garnicht früher zu sehen, als nachdem der Proceß eingeleitet ist und der Schriftwechsel stattgefunden hat. Das Französische Gericht bekümmert sich nicht darum, ob die Klage an sich zulässig ist. Der Mechanismus des Prozesses beginnt, sobald dem Gerichtsscheiber ein als Klage bezeichnetes Schriftstück zugestellt wird.

Dem entspricht auch § 212 des Entwurfs von 1871, welcher lautet:

> Die Klageschrift ist zum Zweck der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung bei dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts einzureichen.

Es ist der nämliche Einwand, welchen Förster a. a. O. Band I. 365 als Vertreter der Goldschmidt-Försterschen Theorie der Inhaberiere zurückweist, der Einwand, daß die vielen Millionen umlaufen- Inhaberpapiere eigentlich ohne juristische Existenz seien. Auf dem ndpunkte der Gesetze vom 5. Mai 1872 haben wir mit der Widerung dieses Einwandes hier nichts mehr zu thun; denn jene Gesetze en positiv anerkannt, daß Grundschulden durch Abtretung in blanco Inhaberpapieren gleichgestellt werden können, ohne daß in dem en zur Unterlage dienenden dinglichen Rechte etwas geändert wird. s der Natur der dinglichen Rechte überhaupt ist nichts zu folgern, s einer derartigen Regelung der Sache widerspräche, denn die istenz des dinglichen Rechts ist mit einer gewissen Unbestimmtheit r Person des Berechtigten wohl verträglich.

Schon das römische Recht kannte eine Eigenschaft des Eigenthums, lche den Uebergang von dem Veräußerer auf einen Erwerber ermöghte, ohne daß die Persönlichkeit des Erwerbers im Momente der räußerung als fixirt erscheint. Das ist die sogenannte Pendenz s Eigenthums. Wenn ein Sklave, welcher im Nießbrauch eines Dritten ar, unter Abschluß eines Kreditantrages eine Sache käuflich erworben tte, so war es zunächst noch in der Schwebe, wer der Eigenthümer r Sache geworden war, ob der Proprietar oder der Nießbraucher der klaven. Aus wessen Vermögensmasse der Kaufpreis entnommen wurde, r war der wahre Eigenthümer der verkauften Sache geworden, und var wurde er nicht etwa erst jetzt Eigenthümer, sondern jetzt war es ewiß geworden, daß er es gleich von Anfang an geworden war. l. 43 12. D. de A. R. D. 41, 1, l. 12, § 5 extr., l. 25 § 1 D. de usufr. 1. Aehnliches kam bei dem peculium castrense vor „utique cujus uerit, eventus declarat" sagt l. 98 § 3 D. de solut 46 3. (Vangerow Pand. § 301. I. 2.)

Diese Besonderheit des Eigenthums entspricht in ihrer Anwendung uf das dingliche Grundschuldrecht durchaus der Gestaltung der obligatorischen Seite der Grundschuld. Es ist mit der Bestellung der Grundschuld sofort ein festes dingliches Recht vorhanden. Grundbuchmäßig ist auch der dinglich Berechtigte sofort bestimmt. Aber wer das dingliche Recht ausübt, in dem Sinne, daß er als von Anfang, seit der Bestellung der Grundschuld, dinglich Berechtigter in Konkurrenz resp Kollision tritt, das bestimmt sich nach der Person dessen, in welchem ein obligatorisches Band wegen der Haupt- oder der Zinsschuld

Richters: unnütze Prozesse zn vermeiden und unbegründete Anträge zurückzuweisen.

Danach muß man es bei der angeordneten Vorlegung der Klage durch den Gerichtsschreiber belassen. Nur der Zweck der Vorlegung ist in der Weise zu ändern, daß der § 212 des Entwurfs von 1871 die Fassung erhält:

> Die Klageschrift ist bei dem Gerichtsschreiber einzureichen.
>
> Findet das Gericht, daß die Klage ganz oder zum Theil an sich nicht statthaft ist, so wird dies ohne vorgängige mündliche Verhandlung dem Kläger unter Angabe der Gründe eröffnet.
>
> Von einer theilweisen Zurückweisung ist auch dem Verklagten Nachricht gegeben.
>
> Ist die Klage, sei es auch nur zu einem Theil, statthaft, so ist sie dem Gerichtsschreiber zurückzugeben und hat dieser den Termin zur mündlichen Verhandlung zu bestimmen, auch die Zustellung der Klageschrift zu besorgen, sofern der Kläger nicht erklärt hat, daß er die Zustellung selbst besorgen wolle.

XIII.

Eintragung von Pfandbriefs-Darlehnen.

Von Herrn Rechtsanwalt Litthauer in Schrimm.

Die Sachlage ergiebt sich aus dem folgenden auszugsweise mitgetheilten Berichte des Kgl. Grundbuchamtes in Loebau:

„Die §§ 23, 24 des Ges. v. 5. Mai 1872 betr. den Eigenthumserwerb pp. schreiben vor, daß die Eintragungsbewilligung von Hypotheken- und Grundschulden

eine bestimmte Summe in gesetzlicher Währung

angeben muß und daß,

wenn die Größe eines Anspruches zur Zeit der Eintragung noch unbestimmt ist, der höchste Betrag angegeben werden muß, bis zu welchem das Grundstück haften soll.

Diesen Vorschriften entspricht die Seitens der St'schen Eheleute in der notariellen Verhandlung vom . . abgegebenen Eintragungsbewilligung nicht. Danach soll eingetragen werden die Verpflichtung,

das in $4^1/_2$ procentigen Neuen Westpreußischen Pfandbriefen ausgefertigte Darlehn nach der Bestimmung der Gläubigerin in Pfandbriefen gleicher Art aber in baarem Gelde zum Nennbetrage zurückzuzahlen.

Pfandbriefe sind kein Zahlungsmittel gesetzlicher Währung und der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehns in Pfandbriefen zum Nennbetrage ist ein solcher, dessen Größe zur Zeit nicht feststeht, da die Höhe dieses Anspruches von dem jedesmaligen Course der Pfandbriefe abhängt. Es fragt sich nur noch, ob etwa die angeführten §§ 23 und 24 des Ges. betr. den Eigenthumserwerb pp. durch § 47 der Grundbuchordnung für Kreditinstitute außer Kraft gesetzt sind.

Diese Frage muß u. E. verneint werden. Wir sind der Ansicht, daß das in § 47 der Grundbuchordnung den Kreditinstituten ertheilte

Privilegium, wie alle Privilegien, strikte zu interpretiren und daher als Befreiung von den in demselben Gesetze gegebenen Vorschrif aufgefaßt, nicht aber auf Bestimmungen zur Anwendung gebracht w den kann, die in einem ganz anderen Gesetze getroffen sind. strenge Durchführung des Specialitäts-Princips gehört zu den wichtig Neuerungen, welche durch die Grundbuchgesetze vom 5. Mai 1872 e geführt sind. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber zu Gunsten ei zelner Kreditinstitute von diesem Princip eine Ausnahme hat machen wolle

Die Beschwerde würde aber u. E. selbst dann unbegründet sei wenn man den § 47 der Grundbuchordnung auch auf die in dem andere Gesetze vom 5. Mai 1872 enthaltenen Bestimmungen ausdehnen wollt

Nach diesem § 47 sollen nämlich nur die statutenmäßige Vorschriften über die Aufnahme, Eintragung und Löschung d Pfandbriefs-Darlehne in Kraft bleiben.

Die Statuten der Neuen westpreußischen Landschaft enthalten jedo keine Vorschrift, daß die Eintragung der Pfandbriefs-Darleh in der von den Beschwerdeführern beanspruchten Form, d. mit ausdrücklicher Hervorhebung der Verpflichtung, das Darlehn i Pfandbriefen der gewährten Art zurückzuzahlen uud insbesonder ohne Bezeichnung eines Höchstbetrages erfolgen soll, wie den auch vor dem 1. Oktober 1872 Seitens der Landschaft die Eintragun niemals in der jetzt gewählten Fassung verlangt wurde, diese Fassung vielmehr auf einem nach dem Erlaß der Grundbuchgesetze gefaßten Beschlusse der Landschaftsdirektion beruht.

Verfehlt scheint uns endlich auch die Berufung auf die der Grundbuchordnung beigegebenen Formulare. Fände sich zwischen den Bestimmungen des Gesetzes und den Formularen ein Widerspruch, so würde das Gesetz ohne Zweifel den Vorzug verdienen vor den Formularen, die nur zur Veranschaulichung des Gesetzes beigefügt sind. Wir können aber auch nicht finden, daß die Fassung der Formulare für die Beschwerdeführer spricht. Die Eintragungsformel

> 20000 Thaler Pfandbriefe der Fürstenthumslandschaft N. ausgefertigt unter den Nr.-Nr. . . über je 1000 Thaler,

lautet auf eine bestimmte Summe in gesetzlicher Währung (Thaler). Der Zusatz „Pfandbriefe pp." bezeichnet nur die Natur der Schuld, den Schuldgrund. Bei dieser Eintragungsformel bedurfte es der Angabe eines Höchstbetrages nicht, weil unbestimmte Leistungen, für welche das Grundstück haften soll, in der Formel nicht enthalten sind. Insbeson-

findet sich nichts von der Verpflichtung, deren Eintragung im vorenden Falle beansprucht wird.

Nach alledem bitten wir gehorsamst,

die Beschwerde gegen unsere Verfügung vom . . . verwerfen zu wollen,

erlauben uns, nur noch zu bemerken, daß das Kgl. Stadtgericht Berlin die unsererseits vertretene Ansicht theilt (Neubauer, Kontroven aus der preußischen Grundbuchordnung. S. 38).*)

Hierauf erging das nachstehende Rescript des Königl. Appellationsichts in Marienwerder.

In der Grundbuchsache Nr. 17 wird dem Kgl. Grundbuchamt den Bericht vom 24. Februar cr. eröffnet, daß wir der darin entelten Ansicht nicht beitreten können, vielmehr die gegen die Verung vom . . . . geführte Beschwerde für wohl begründet erklären.

Denn wenn der § 47 der Grundbuchordnung bestimmt, daß die die Kreditinstitute ergangenen statutenmäßigen Vorschriften über die nahme, Eintragung und Löschung der Pfandbriefsdarlehne, in Kraft ben sollen, so heißt das nichts anderes, als daß die solchen Instin eingeräumten Vorrechte auch weiter Bestand haben.*)

Eine solche Ausnahme ist nichts ungewöhnliches. Denn der Art. 7. des Einführungsgesetzes zur Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 sibt gleichfalls vor, daß in den besonderen Rechten und Privilegien Kreditverbände bei der Sequestration und Subhastation der zu denn gehörigen Güter durch die Bestimmungen der Konkurs-Ordnung ts geändert wird.

Es frägt sich daher nur, ob die Fassung der Eintragung, wie sie Direktion der Neuen Westpreußischen Landschaft verlangt und von Eheleuten St. bewilligt worden ist, gegen die Statuten der Landft verstößt.*)

*) Auch das Appellationsgericht in Posen hält die Angabe eines Höchstbetrages der Eintragung von Pfandbriefsdarlehnen für erforderlich. Vergl. Johow, rb. Bd. III. S. . . .

*) Das Appellationsgericht nimmt also ohne weitere Begründung an, daß in § 47 der Grundbuchordnung getroffene Ausnahme-Vorschrift auch auf die immungen des andern Gesetzes vom 5. 5. 72. Anwendung findet.

**) Diese Fragestellung ist offenbar unrichtig. Nur die bereits ergangenen tenmäßigen Vorschriften sind aufrecht erhalten; es kommt daher darauf an, e jetzt erwählte Eintragung in den Statuten vorgeschrieben ist; es genügt swegs, daß dieselbe nicht gegen die Statuten verstößt.

Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr besagt der § 8 des unter dem 3. Mai 1861 landesherrlich genehmigten Statu Neuen Westpreuß. Landschaft — Ges.-Sammlg. pro 1861 S. — daß der Darlehnsnehmer die Verbindlichkeit übernehmen mu Darlehnskapital ganz oder theilweise in Neuen Westpreußischen briefen nach dem Nennwerth zurückzuzahlen und der § 17 ibid holt, daß die Seitens des Schuldners zu leistende Rückzahlung Pfandbriefsdarlehns in Neuen Westpreußischen Pfandbriefen desse Prozentsatzes, zu welchem für das Darlehn Pandbriefe ausgefer worden, nach dem Nennwerth zu erfolgen hat.

Diese Bedingung stimmt übrigens auch mit dem geltenden teriellen Rechte überein, die nach § 793 Tit. 11 Th. I. des Allg. R. in dem Falle, wenn die Valuta eines Darlehns in Actien, Pf briefen oder anderen an jeden Inhaber zahlbaren Papieren gege worden, die Rückzahlung in Papieren gleicher Art erfolgen muß.*)

Die Landschaft war daher vollständig befugt, die Rückzahlung Pfandbriefsdarlehns in Pfandbriefen gleicher Art zu verlangen, und die Schuldner damit einverstanden sind und dieses bewilligt haben, lag kein Grund vor, die Eintragung, wie sie beantragt ist, abzuleh

Wenn sich das Kgl. Grundbuchamt bei seiner Ablehnung, die tragung in dieser Art zu bewirken, auf den § 24 des Ges. vom Mai 1872 über den Eigenthumserwerb pp. beruft, so ist auch d gesetzliche Bestimmung auf einen Fall angewendet, für welchen sie nicht gegeben ist.

Denn der darin gebrauchte Ausdruck „Kautions-Hypotheken" de darauf hin, daß das Gesetz nur einen solchen Anspruch im Sinne ge hat, bei dem es von Anfang an noch gar nicht feststeht, ob er üb haupt je einmal zur Existenz kommen wird (wie z. B. Amtskautio oder das sogen. Surplus-Referat des § 79 des Anh. z. A. L. oder doch einen solchen, bei welchem sich auch nicht einmal annäh

*) Da somit die Statuten der Neuen Westpreußischen Landschaft nu stimmen, was schon allgemein gesetzlich ist, so kann von einem Vorrecht Landschaft nicht die Rede sein und nur auf Vorrechte soll sich nach Ansicht Appellationsgerichts der § 47 der Grundb.-Ordnung beziehen.

Hier handelt es sich aber überhaupt nicht darum, was der Schuldner zu l hat, sondern um die davon ganz verschiedene Frage, wie die Eintragung bes fen sein muß, damit auch das Grundstück für den an sich dem Schu gegenüber gerechtfertigten Anspruch hafte.

beweisen läßt, in welchem Umfange er dereinst zur Geltung kommen könnte.[*])

So liegt die Sache hier aber nicht, da allein die unbedeutende Differenz zwischen dem Nenn- und Courswerthe der Pfandbriefe in Betracht kommen möchte.[*])

Das Kgl. Grundbuchamt wird daher angewiesen, die verlangte Eintragung nach Inhalt der Schuldurkunde vom . . . zu bewirken.

---

[*]) Diese Auslegung des § 24 des Ges. vom 5. Mai 1872 betr. den Eigenthumserwerb pp. dürfte wohl kaum gebilligt werden können.

Eine Zusammenstellung der §§ 23 und 24 des Gesetzes ergiebt vielmehr, daß es nur zwei Arten von Hypotheken giebt. Von der einen Art handelt der § 23; es sind dies diejenigen Fälle, in denen die Eintragungsbewilligung

auf eine bestimmte Summe in gesetzlicher Währung

lautet. Alle sonstigen Fälle fallen unter den § 24. Letzterer findet Anwendung sowohl, wenn die Eintragungsbewilligung auf eine andere Verpflichtung, als die Zahlung einer Summe gesetzlicher Währung lautet, als, wenn sie zwar eine Summe in gesetzlicher Währung bezeichnet, diese Summe aber in sich nicht völlig bestimmt ist.

Auf den Grad der Unbestimmtheit kann es unmöglich ankommen. Auch wenn die Größe des Anspruches zur Zeit der Eintragung nur ein klein wenig unbestimmt ist, muß angegeben werden, bis zu welchem Betrage das Grundstück haften soll. Der § 24 bezweckt eben, daß Jeder, der eine Hypothek erwerben will, auf Heller und Pfennig berechnen kann, wieviel im schlimmsten Falle ihm vorsteht.

[*]) In der Beschwerdeschrift der Landschafts-Direktion war gerade ausgeführt, daß die Angabe eines Höchstbetrages bei Pfandbriefs-Darlehn deshalb nicht möglich sei, weil der Anspruch, wie er sich bei der schließlichen Geltendmachung herausstellt, ein unberechenbar hoher werden könne.

Literatur.

9.

Zum deutschen Obligationenrecht.

Von Behrend.

(Schluß.)

V.

Ich glaube, im Vorstehenden dargethan zu haben, daß Ungers Theorie des Vertrages zu Gunsten Dritter sich nicht auf das römische Recht zurückführen läßt. Letzteres geht in allen hierher gehörigen Stellen von der Auffassung aus, daß das Recht auf die Leistung zunächst in der Person eines Contrahenten entsteht, der mithin nicht blos als Promissar, sondern auch als der unmittelbar Berechtigte erscheint.

Die utilis actio, mit welcher der Anspruch des Dritten geltend gemacht wird, ist ein formeller Ausdruck dafür, daß dieser Anspruch als ein von dem Promissar abgeleiteter betrachtet wird.

Es frägt sich, ob wir an dieser Auffassung auch für das heutige Recht festzuhalten haben. Dabei handelt es sich für uns nicht um den Gegensatz zwischen actio utilis und directa, sondern darum, ob wir die Annahme eines Ueberganges des Anspruches von dem Promissar auf den Dritten auch noch gegenwärtig als maßgebend für die juristische Construction der Verträge zu G. Dr. betrachten müssen.

Die Frage ist m. E. für alle diejenigen Fälle zu bejahen, in denen derartige Verträge materiell eine Zuwendung eines Contrahenten (des Promissars) an den Dritten zum Zwecke haben. Die römische Construction entspricht hier genau der wirklichen Sachlage und dem Willen der Contrahenten, bezw. ihrem Verhältniß zum Dritten. Am deutlichsten tritt dies in dem Fall der L. 3 C. de don. quae sub modo (8 55)*) hervor (oben S. 315). Wenn A dem B Etwas schenkt mit der Auflage, die geschenkte Sache später an den C herauszugeben, so sind sowohl B wie C Donatare des A., es ist daher durchaus folgerichtig, auch den Anspruch des C auf den Willen des A zurückzuführen, d. h. in der Person des A entstehen und von da auf den C übertragen werden zu lassen.

Derselben Gattung gehören von den oben (S. 314—318) erörterten

---

*) S. 315 fgg. ist, wo diese Stelle citirt wird, für L. 8 zu verbessern L. 3.

llen die unter 3 und 4 aufgeführten an: Bestellung einer dos seitens Ascendenten mit der Bedingung der Rückgabe an Tochter oder Enkelin o Vertrag des Erblassers zu Gunsten eines Erben. Zweifelhafter ist ob auch die beiden anderen Fälle: der die Wiedereinlösungsbefugniß den Pfandschuldner stipulirende Pfandgläubiger und der Deponent er fremden Sache, welcher die Rückgabe an den Eigenthümer ausbe- ngt, hierher zu rechnen sind. In diesen beiden Fällen liegt nicht sowohl ne Zuwendung an den Dritten, als vielmehr eine Wahrnehmung fremder Interessen vor, und es erscheint vielleicht zulässig, hier mit dem Princip ler Stellvertretung zu operiren. Eines näheren Eingehens auf diesen Gesichtspunkt möchte ich mich an dieser Stelle jedoch enthalten.

Aus den erstgedachten drei Fällen lassen sich folgende allgemeine Grundsätze herleiten. Es ist zulässig, in einem Vertrage eine Leistung an einen Dritten auszubedingen. Der Anspruch auf die Leistung steht in diesem Fall zunächst dem Promissar zu; er kann von dem Dritten geltend gemacht werden, sofern nicht in der Zwischenzeit bis zur Geltend- machung ein entgegenstehender Wille des Promissars verlautbart worden ist. Ist der Promissar verstorben, so ist die zum Vortheil des Dritten gereichende Vertragsbestimmung einem Widerruf seitens der Erben des Promissars regelmäßig entzogen.

Diese Sätze erfüllen, wie mir scheint, das Postulat Unger's, das- jenige principiell auszusprechen, was die Römer nur in vereinzelten An- wendungsfällen anerkannt haben. Daß sie auch den Anforderungen unseres Rechtsbewußtseins entsprechen, läßt sich am besten an den Fällen zeigen, welche Unger im vierten Abschnitt seiner Schrift (S. 81 fgg.) als die wichtigeren im heutigen Rechtsleben vorkommenden Beispiele von Verträgen zu G. Dr. zusammengestellt hat. Es werden daselbst außer den bereits besprochenen die folgenden aufgeführt:

Verträge von Ascendenten zu Gunsten von Descen- denten, namentlich Ehestiftungen mit Vorbehalt von ver- mögensrechtlichen Vortheilen für die Kinder erster Ehe oder für uneheliche Kinder. Die Sache liegt hier genau ebenso, wie bei der Bestellung einer dos mit dem Vorbehalt der Herausgabe an die Tochter oder Enkelin. Das Recht der Kinder oder ferneren Descendenten gründet sich auch hier auf die Zuwendung ihres Ascendenten. Die obige Construction erweist sich daher hier ebenso zutreffend, wie in den früher erörterten Fällen.

Nicht anders ist der Fall aufzufassen, der von allen hierher gehörigen practisch der wichtigste ist: Die bäuerlichen Gutsabtretungen, bei denen der Uebernehmer sich zu Abfindungen an seine Ge- schwister oder zur Gewährung von Altentheilspräſtationen an die Ehefrau des Ueberlassenden verpflichtet. Indem der Abtretende solche Stipulationen macht, verfügt er über sein Vermögen; es ist ein Aequivalent, welches ihm zu Theil wird, wenn versprochen wird, daß seine Ehefrau ein Ausgedinge, seine Kinder eine Abfindung erhalten sollen; er will den Seinigen in dieser Weise eine Zuwendung machen und für sie Vorsorge treffen. Daher auch hier wieder die An- schauung berechtigt und natürlich ist, welche den Anspruch in der Person des Gutsüberlassers entstehen und von ihm auf die Dritten übergehen läßt. Kinder und Ehefrau können den ihnen zugedachten Vortheil juxta

voluntatem des ursprünglich Berechtigten geltend machen; d. h. der Gutsabtreter hat die betreffende Vertragsklausel vorläufig noch in seiner Hand; er kann dieselbe bis zu ihrer Geltendmachung seitens der Dritten ändern oder ganz erlassen; mit seinem Tode wird der Anspruch der Bedachten fest und unwiderruflich.

Verkauf mit Abrede der Leistung einer bestimmten Geldsumme an einen Dritten, des s. g. Schlüssel- oder Heerdgeldes an die Ehefrau des Verkäufers von Häusern und Landgütern oder des s. g. Strick- oder Haftergeldes an den Knecht des Verkäufers beim Vieh- und Pferdehandel. Unger bemerkt zu diesem Fall unter Berufung auf L. 6 § 1 D. de serv. export. (18. 5), daß man hier zur Noth schon nach römischem Recht dem Verkäufer eine Klage auf Auszahlung der bedungenen Summe an den Dritten gewähren könnte. Mir scheint es sehr zweifelhaft, ob in derartigen Fällen dem Dritten überhaupt ein Klagerecht zusteht. Nimmt man dies aber an, so beruht sein Anspruch doch jedenfalls auf der Zuwendung eines Contrahenten (des Verkäufers). Darauf führt auch die L. 6 § 1 cit., auf Grund deren man zu einer utilis venditi actio für den Dritten gelangen würde.

Einkauf der Ehefrau in eine Wittwenkasse und Lebensversicherungen zu Gunsten Dritter. Ich betrachte von diesen beiden nahe mit einander verwandten Fällen zunächst den letzteren. A versichert sein Leben zu Gunsten des C. Nach Unger's Meinung erwirbt hier C sofort ein festes, selbständiges, aber nach der Absicht der Parteien in der Regel wohl nicht vererbliches Recht auf Auszahlung einer bestimmten Summe nach dem Tode des Versichernden. Das Anrecht des C würde hiernach zwar bedingt, d. h. davon abhängig sein, daß er den Tod des Versichernden erlebt; es würde ihm aber, abgesehen von dieser Bedingung, ein unwiderrufliches, der Disposition des A entzogener Anspruch zustehen. Diese Auffassung des Verhältnisses steht nun aber mit derjenigen Gestalt, in welcher dasselbe nach den Statuten der Versicherungsgesellschaften erscheint, durchaus nicht in Einklang. Ich führe zum Belege die bezüglichen statutarischen Bestimmungen zweier Gesellschaften hier wörtlich an.

> Concordia: „Wird die Versicherung zu Gunsten einer dritten, in der Police namentlich genannten Person abgeschlossen, so übernimmt die Gesellschaft gegen diese Person, selbst für den Fall, daß dieselbe die zu ihren Gunsten getroffenen Bestimmungen anzunehmen erklärt, keine andere Verpflichtung, als ihr nach dem Tode des Versicherten unter der Bedingung, daß sie alsdann noch im Besitz der Police ist, die versicherte Summe auszuzahlen; dagegen ist die Gesellschaft berechtigt, auf den Antrag des Versicherten die Police, insofern sie eingeliefert wird, umzuschreiben oder anzukaufen."
>
> Deutsche Versicherungsgesellschaft in Lübeck: Während der Lebzeiten des Versicherten (Versicherungsnehmers) tritt die Gesellschaft zu solchen dritten Personen in kein contractliches Verhältniß, so daß dieselben nicht berechtigt sind, die Police an Andere zu übertragen, vielmehr kann die Gesellschaft, ohne sich denselben verantwort-

lich zu machen, auf den Antrag desjenigen, mit welchem sie den Versicherungsvertrag abschloß, die Police auf eine andere, als die ursprünglich bezeichnete Person ohne Weiteres umschreiben. Andererseits ist dagegen die Uebertragung der Police nicht eher noch anders gültig, als nachdem dieselbe von der Direction durch ausdrückliche Bescheinigung anerkannt ist. Im Todesfall des Versicherten zahlt die Gesellschaft demnach auch nur an diejenigen Personen, zu deren Gunsten die Police derzeit anerkanntermaßen lautet und an deren Rechtsnachfolger nur dann, wenn dieselbe den Versicherten überlebt hat. Hat sie ihn nicht überlebt, so zahlt die Gesellschaft im Todesfalle des Versicherten an den Antragsteller, bezw. Rechtsnachfolger desselben."

Daß der Versicherungsvertrag kein festes, der Willkühr des Paciscenten entzogenes Recht für den Dritten begründet, ergiebt sich aus diesen Bestimmungen ohne Weiteres. Faßt man namentlich die zuletzt mitgetheilte näher ins Auge, so tritt folgendes Rechtsverhältniß hervor: Durch den Abschluß des Versicherungsvertrages entstehen contractliche Rechte und Pflichten zwischen dem Versicherungsnehmer nd dem Versicherer (der Gesellschaft). Daher ist die auf den Dritten gestellte Police regelmäßig dem Versicherungsnehmer auszuhändigen; an den Dritten kann die Aushändigung nur erfolgen entweder durch den Versicherungsnehmer selbst oder mit seinem Willen seitens der Gesellschaft. Der Aushändigung an den Dritten kann die Absicht zu Grunde liegen, daß auf ihn die Rechte des Versicherungsnehmers übertragen werden sollen; nothwendig ist dies nicht. Auch wenn eine solche Uebertragung der Absicht des Versicherungsnehmers entspricht, wird indeß bei Lebzeiten desselben der Dritte der Gesellschaft gegenüber nicht legitimirt, die auf ihn übergegangenen Rechte geltend zu machen. Insoweit ignorirt mithin die Gesellschaft die in der Aushändigung der Police möglicherweise liegende Rechtsübertragung; sie beachtet dieselbe nur, sofern der Nichtbesitz der Police auch für weitere Dispositionen des Versicherungsnehmers ein Hinderniß bildet.

Wenn demnach bei Lebzeiten des Versicherungsnehmers überhaupt ein Recht auf Seiten des Dritten entsteht, so ist dies der Gesellschaft gegenüber nicht einmal ein aktuelles, also gewiß kein selbständiges Recht.

Erst mit dem Tode des Versicherungsnehmers tritt das Recht des Dritten in Kraft. Mit diesem Zeitpunkt wird sein Anspruch insofern unabhängig, als er nunmehr definitiv seinem Vermögen angehört und selbständig von ihm geltend gemacht werden kann. Der Anspruch des Dritten ist also fortan unabhängig von dem Willen des Paciscenten. Dagegen ist die Idee des Rechtsüberganges oder m. a. W. der Abhängigkeit des Rechtes des Dritten von dem Recht des Versicherungsnehmers auch für diesen Fall festzuhalten. Die Gesellschaft ist dem Dritten nur unter der Voraussetzung verpflichtet, daß ein Recht des Versicherungsnehmers bestand; wenn dies richtig ist, so beruht die Berechtigung des Dritten auf dem Recht des Versicherungsnehmers; hier wie in L. 3 Cod. de don. quae sub modo würde mithin im Sinne der römischen Juristen die Klage des Dritten eine actio utilis sein, welche

demselben als abgeleitete Klage juxta voluntatem des Versicherungsnehmers ohne besondere Cession gewährt wird.

In gleicher Weise ist nun auch der Einkauf der Ehefrau in eine Wittwenkasse zu konstruiren. Seinem hier in Betracht kommenden Inhalt nach ist dies Geschäft von der Lebensversicherung zu Gunsten Dritter nicht wesentlich verschieden. Auch hier ist der Einkaufende nicht nur der zunächst Berechtigte, sondern der Anspruch der Ehefrau ist auch vorläufig, mindestens in gewissem Maße, noch von seinem Willen abhängig, wie sich daraus ergiebt, daß er denselben verwirken kann, z. B. durch Nichtzahlung der Beiträge oder durch Ausscheiden aus dem Personenkreise, für welchen die Anstalt fungirt.

VI.

Einer besonderen Erörterung bedarf schließlich noch ein Fall, der zwar nicht von Unger, aber doch von den meisten anderen Schriftstellern, so auch neuerdings von Gareis, den Verträgen zu G. Dr. zugerechnet wird: die Zahlungsübernahme. Ich verstehe darunter mit Unger einen Vertrag zwischen Uebernehmer und Schuldner, durch welchen jener sich verpflichtet, alle oder gewisse Schulden des letzteren zu bezahlen. Ein Vertrag zu G. Dr. soll dieses Geschäft insofern sein, als nunmehr der Gläubiger, dem gegenüber der bisherige Schuldner ohne seine Einwilligung natürlich nicht liberirt werden kann, statt des einen bisherigen zwei Schuldner erlangt.

Es ist nun aber, wie mir scheint, eine arge petitio principii, wenn man in allen Fällen der hier definirten Zahlungsübernahme ohne Weiteres auch dem Gläubiger einen Anspruch gegen den Uebernehmer gewähren will. Die Absicht der Parteien kann sehr wohl und wird vielfach blos dahin gehen, daß zwar der Uebernehmer dem bisherigen Schuldner gegenüber zur Zahlung verpflichtet sein, nicht aber dem Gläubiger ein Anspruch gegen jenen zustehen soll. Wenn indeß auch von den Parteien beabsichtigt ist, ein Recht für den Gläubiger zu begründen, so kann doch hier so wenig wie in anderen Fällen der bloße Wille genügen, um die gewollte Wirkung hervorzubringen. Vielmehr ist hierzu eine entsprechende Willensäußerung dem Gläubiger gegenüber erforderlich, m. a. W. ein Zahlungsversprechen des Uebernehmers an den Gläubiger, welches wir, wenn dasselbe allein stände, mit Unger als ein constitutum debiti alieni zu qualificiren haben würden.

Die Zahlungsübernahme muß mithin, um einen Anspruch des Gläubigers hervorzurufen, zugleich als ein Zahlungsversprechen des Uebernehmers an den Gläubiger betrachtet werden können. Unter dieser Voraussetzung aber liegt hier ein Fall vor, der sich mit dem Unger'schen Begriff des Vertrages zu G. Dr. zwar nicht vollständig deckt, ihm aber doch weit näher steht, als die von Unger selbst geltend gemachten, vorstehend besprochenen Fälle der von ihm s. g. echten Verträge zu G. Dr. Denn das Recht des Gläubigers gegen den Uebernehmer ist ein selbständiges, kein übertragenes oder abgeleitetes Recht; sein Anspruch aus dem ihm geleisteten Zahlungsversprechen ist nicht identisch mit dem Anspruch, welcher dem bisherigen Schuldner gegen den Uebernehmer zusteht. Die

Römer würden ihm die actio de pecunia constituta, nicht aber die Klage des bisherigen Schuldners aus dem Uebernahmevertrag als actio utilis geben.

Wann ist diese Auffassung berechtigt; in welchen Fällen haben wir also die Zahlungsübernahme nicht blos als Vertrag zwischen Schuldner und Uebernehmer, sondern zugleich als ein Versprechen des Uebernehmers an den Gläubiger anzusehen? Diese Frage ist nach den früher (S. 309) festgestellten Grundsätzen zu beantworten. Es muß aus der Art und der Richtung der Willenserklärung hervorgehen, daß dieselbe dazu bestimmt ist, zur Kenntniß des Gläubigers zu gelangen und daß letzterer befugt sein soll, sich den Uebernahmewillen anzueignen. Hier kann möglicherweise das Gesetz eingreifen und in einem einzelnen Fall bestimmen, daß die Erklärung unter gewissen Voraussetzungen als dem Gläubiger gegenüber abgegeben gelten soll. Einen sogleich zu erörternden Fall dieser Art enthält das preußische Gesetz vom 5. Mai 1872. Allgemeine Regeln, durch welche uns die quaestio facti erspart bliebe, bietet aber m. W. weder das gemeine noch das Particularrecht dar.

Das erwähnte Gesetz vom 5. Mai 1872, betreffend den Erwerb des Eigenthum's an Grundstücken u. s. w., bestimmt im § 41:

> „Hat der Erwerber eines Grundstückes die auf demselben haftende Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen, so erlangt der Gläubiger gegen den Erwerber die persönliche Klage, auch wenn er dem Uebernahmevertrag nicht beigetreten ist."

Wie aus den Motiven hervorgeht, ist Unger's Abhandlung auf diese Bestimmung direct von Einfluß gewesen, und letztere scheint auch auf den ersten Blick eine unumwundene Anerkennung der Unger'schen Theorie zu enthalten. Bei genauerer Betrachtung ergiebt sich aber doch eine nicht unerhebliche Differenz. Erwerber eines Grundstückes wird man bekanntlich nach dem Gesetz vom 5. Mai 1872 nicht schon durch den Abschluß des Kaufvertrages, sondern erst „durch die auf Grund einer Auflassung erfolgte Eintragung des Eigenthumsüberganges im Grundbuch" (§ 1). Unzweifelhaft ist hiernach die persönliche Klage des Gläubigers gegen den eine Hypothek in partem pretii übernehmenden Käufer erst von dem Moment an begründet, in welchem das Eigenthum desselben im Grundbuch vermerkt ist. Bis zu diesem Zeitpunkt können mithin die Contrahenten jedenfalls zurücktreten, sowohl von dem ganzen Kauf wie von dem den Gläubiger betreffenden Abkommen. Der gedachten Bestimmung wird ferner ein blos dispositiver Character beizumessen sein, da ohne besonderen Grund nicht anzunehmen ist, daß, sofern überhaupt eine Willenserklärung in verschiedener Richtung möglich erscheint, das Gesetz nur eine derselben als zulässig anerkennen will. Wenn also z. B. die ausdrücklichen Erklärungen oder die sonst ersichtliche Willensmeinung der Contrahenten dahin gingen, daß zwar der Käufer dem Verkäufer gegenüber zur Uebernahme der Hypotheken verpflichtet, aber dem Gläubiger kein Anspruch gegen den Käufer zustehen solle, so würde gemäß dieser Absicht ein derartiger Anspruch zu versagen sein. Das Gesetz formulirt also nur den bereits in den Motiven ausgesprochenen Gedanken, „daß es den Intentionen der Parteien präsumtiv entspreche, daß der Erwerber des Pfandgrundstücks, welcher dem Veräußerer gegenüber die Hypotheken in partem pretii übernimmt, dadurch auch den Hypothekengläubigern persönlich verpflichtet werde."

Sind diese beiden practischen Consequenzen richtig, so erscheint es auch gerechtfertigt, im vorliegenden Fall die Auflassung und die vermittelst derselben herbeigeführte Eintragung des Eigenthumsüberganges als eine Erklärung des Schuldnerwillens seitens des Käufers dem Gläubiger gegenüber aufzufassen. An sich ist zwar das Grundbuch nur dazu bestimmt, die in demselben beurkundeten Rechtsverhältnisse erkennbar zu machen; hier aber soll ausnahmsweise kraft gesetzlicher Vorschrift auf Grund der Eintragung nicht blos die Thatsache des Eigenthumsüberganges, sondern auch der die causa desselben bildende Kaufvertrag dem Gläubiger gegenüber Bedeutung gewinnen und die darin zu Gunsten des Gläubigers enthaltene Abmachung (die Uebernahme der Hypothek auf die Kaufgelder) seinem Aneignungswillen anheim gegeben werden. Demnach dürfte folgende Construction dem Sinne der obigen Bestimmung entsprechen:

Hat der Käufer eines Grundstücks eine auf demselben haftende Hypothek in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen, so enthält die auf Grund dieses Vertrages erfolgende Auflassung ein dem Inhalt desselben gemäßes Zahlungsversprechen des Gläubigers an den Käufer. Dies ist eine Willensinterpretation, die dann nicht Platz greift, wenn es bei Abschluß des Kaufvertrages ersichtlich die Absicht der Contrahenten war, daß die Uebernahme der Kaufgelder nur Rechte und Pflichten zwischen Käufer und Verkäufer begründen sollte.

Es ist von Interesse, dieser Bestimmung einen andern Fall gegenüber zu stellen, in welchem ebenfalls durch gesetzliche Vorschrift eine Zahlungsübernahme mit einem Klagerecht des Gläubigers gegen den Uebernehmer statuirt wird. Art. 113 des H. G. B. schreibt vor:

> „Wer in eine bestehende Handels-Gesellschaft eintritt, haftet gleich den andern Gesellschaftern für alle von der Gesellschaft vor seinem Eintritt eingegangenen Verbindlichkeiten, es mag die Firma eine Aenderung erleiden oder nicht. Ein entgegenstehender Vertrag ist gegen Dritte ohne rechtliche Wirkung."

Der Gegensatz, in welchem diese Bestimmung zu dem vorigen Fall steht, springt in die Augen. Das Recht des Gläubigers gegen den neu eintretenden Socius entsteht sofort mit seinem Eintritt und zwar absolut; ein entgegenstehender Wille der Contrahenten ist rechtlich unmöglich.

Auch hier liegt aber ein den Gläubigern gegenüber abgegebenes Zahlungsversprechen vor. Dasselbe ist in dem Eintritt des neuen Gesellschafters enthalten. Wenn diejenigen Personen, die behufs Errichtung einer neuen Gesellschaft zusammentreten, damit nach außen hin erklären, daß sie für die künftigen Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch haften wollen, so erklärt der in eine bestehende Gesellschaft neu eintretende Socius durch die Thatsache seines Eintrittes den bisherigen Gläubigern, daß er auch die bereits begründeten Verpflichtungen als Mitschuldner übernehme. Indem das Gesetz diese Haftung als eine nothwendige Folge des Eintritts hinstellt, spricht es aus, daß der neu eintretende Socius den Willen, den Gläubigern zu haften, haben müsse, weil sonst sein Wille überhaupt rechtlich unerheblich sein würde. Von einer den bisherigen Socien gegenüber begründeten Verpflichtung des neu eintretenden kann hier keine Rede sein, die Frage, inwiefern die

Socien unter einander (mit der actio pro socio) verpflichtet sind, liegt bekanntlich auf einem ganz anderen Gebiet, als die Befugniß der Gläubiger, die einzelnen Gesellschafter solidarisch in Anspruch zunehmen.

Endlich mag hier noch als ein dritter, wiederum anders gearteter Fall der Zahlungsübernahme der Erwerb eines Handelsgeschäftes mit Activis und Passivis angeführt werden. Die frühere Streitfrage, ob der Erwerber von selbst auch für die Geschäftsschulden aus der Zeit seines Vorgängers einzustehen hat, ist durch das Ober-Handelsgericht in verneinendem Sinn entschieden. Die Haftung tritt, gleichviel ob die Firma übergeht oder nicht, nur dann ein, wenn der Erwerber die Passiva mit übernimmt. Allein auch die Uebernahme begründet zunächst nur eine Verpflichtung gegenüber dem Veräußerer, Rechte der Gläubiger gegen den Erwerber entstehen erst, wenn der Uebergang der Passiva, sei es den einzelnen Gläubigern, sei es durch allgemeine Veröffentlichung, bekannt gemacht worden ist. Daß diese Bekanntmachungen als ein den Gläubigern gegenüber erklärtes Zahlungsversprechen aufzufassen sind, scheint nicht zweifelhaft. Insbesondere gilt dies auch von den öffentlichen an das Publikum gerichteten Bekanntmachungen. Vgl. hierüber das oben S. 310Bemerkte. Die Zahlungsübernahme erfolgt demnach hier, zwar in dem über das Handelsgeschäft abgeschlossenen Veräußerungs-Vertrage, das Recht der Gläubiger aber entsteht erst durch eine besondere Erklärung des Erwerbers. Beides, Vertragsstipulation sowie diese Erklärung, hängt in diesem Fall lediglich vom Willen der Parteien ab; das Gesetz unternimmt es weder, denselben zu ergänzen noch ihm absolute Regeln vorzuschreiben.

Fassen wir die drei hier eörterten, in so vielfacher Beziehung von einander abweichenden Fälle zusammen, so besteht das Gemeinsame derselben darin, daß der Uebernehmer in ein Vertragsverhältniß zu dem bisherigen Schuldner tritt. Entweder gilt, wie im zweiten Fall, dieser Vertrag zugleich als eine Erklärung gegenüber dem Gläubiger, oder die letztere ist, wie in den beiden anderen Fällen, eine Folge der vertragsmäßig von dem Uebernehmer eingegangenen Verpflichtung. Insofern kann unter Umständen die Siegel'sche Auffassung berechtigt sein, der Uebernehmer kann sich dem bisherigen Schuldner zum Versprechen der Zahlung an den Gläubiger verbindlich gemacht haben. Man kann dies indeß nicht eigentlich ein Schuldversprechen zu fremden Händen nennen, da das Versprechen immer an den Gläubiger erfolgt und die dem bisherigen Schuldner gegenüber eingegangene Verbindlichkeit nicht mit demselben zusammenfällt. Dagegen tritt hier der Unterschied zwischen Haftung und Schuld, der sonst für das einseitige Versprechen keine Bedeutung hat (oben S. 310.), allerdings hervor, nur nach unserer Auffassung in etwas anderer Weise als bei Siegel. Letzterer nimmt, wie oben (S. 313) erwähnt, an, daß beim Vertrage zu Gunsten Dritter die Haftung des Versprechenden gegenüber seinem Mitcontrahenten, die Schuld dagegen gegenüber dem Dritten begründet werde. Dies trifft in den vorstehenden Fällen der Zahlungsübernahme*) nicht zu. Dem Contrahenten, d. h. dem bisherigen Schuldner gegenüber, entsteht eine Verbindlichkeit des

*) In allen übrigen Fällen der Verträge zu Gunsten Dritter paßt Siegel's Auffassung überhaupt nicht.

Uebernehmers, die sich nicht blos als Haftung, sondern bereits als eine vollständig existente Schuld darstellt. Wohl aber kann ein Zustand der Haftung dem Gläubiger gegenüber eintreten, allein nicht unmittelbar in Folge des an ihn gerichteten Zahlungsversprechens. Wenn z. B. der Erwerber eines Handelsgeschäftes die Uebernahme der Handelsschulden öffentlich bekannt macht, so wird, genau genommen, den Gläubigern gegenüber, zunächst ein Zustand der Pendenz (Haftung) begründet, der erst in dem Augenblick sich in eine wirkliche Schuld verwandelt, in welchem der einzelne Gläubiger sich den Uebernahme- oder Schuldnerwillen des Erwerbers aneignet. Von den sonstigen Fällen des einseitigen Versprechens unterscheidet sich dieser Fall dadurch, daß hier der Promittent das einmal geäußerte Versprechen auch vor der Kenntnißnahme seitens des Dritten nicht einseitig wieder zurückziehen kann, weil dasselbe zugleich eine Erfüllung des zu Grunde liegenden Vertrages ist. Hier ist also die Haftung des Promittenten nicht blos eine factische, sondern es ist eine wahre rechtliche Gebundenheit an das Wort vorhanden.

2.

Ernst Eck: Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums nach Römischem und gemeinem Deutschen Recht. Halle, Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses. 1874. 43 S. 8.

Die vorliegende Schrift soll nachweisen, daß schon nach späterem römischen, vollends aber nach deutschem Recht vom Verkäufer die Uebertragung des Eigenthums gefordert werden kann.

Der Verfasser geht von der Gewährspflicht des Verkäufers bei der Manzipation (§ 1) aus und findet, daß der Manzipant nur durch ein ausdrückliches Versprechen verpflichtet wurde, welches auf Leistung einer bestimmten Geldsumme für den Fall der Entwährung ging. Dem Recht der Manzipation ist das Recht der Eviktionsstipulation nachgebildet (§ 2); auch hier mußte sich der Verkäufer durch ein besonderes Versprechen zur Gewährung des habere licere d. h. zur Gewährung thatsächlichen Besitzes verpflichten.

Es folgt die „Haftung des Verkäufers auf die actio emti" (§ 1). Ursprünglich mag die actio emti „nur auf Tradition gegangen sein, während daneben wegen Eviktion nicht anders als aus einer hinzugefügten Stipulation geklagt werden konnte." Zur klassischen Zeit soll sich aber die obligatio venditi weiter „und für gewisse Fälle ganz entschieden zu einer Haftung des Verkäufers auf Gewährung des Eigenthums fortgebildet haben." (S. 24.)

Gegenüber l. 30 § 1 D. A. E. U., l. 25 § 1 D. C. E., l. 1 pr. D.

mr. perm. weist der Verfasser darauf hin, daß die venditio die wichtigste justa causa transferendi dominii ist, und stellt folgende Sätze auf:

1. Der Käufer einer res mancipi konnte geradezu Manzipation derselben fordern. Das soll aus der Möglichkeit der praescriptio: ea res agatur de fundo mancipando bei der actio emti (Gai. IV. 131a), ferner aus Paut. I. 13a § 4 und Plaut. Pers. IV. 3 und 63 folgen. (S. 25 f.)

2. Wer wissentlich eine fremde Sache verkauft, haftet auch ohne Eviktion für das Interesse der Eigenthumsgewährung. (S. 26.)

3. Der Verkäufer, welcher ausdrücklich zugesichert hat, Eigenthümer zu sein, haftet hierfür trotz entschuldbaren Irrthums. „Denn die treffliche Ausführung Ulpian's über die Gleichstellung von wissentlichem Verschweigen eines Mangels und ausdrücklicher Versicherung des Gegentheils (l. 13 § 3 D. A. E. U. mit Mommsen's Ergänzung) paßt auch hier vollkommen." (S. 27.(

Aber das Eviktionsprinzip ist noch mehr erweitert und zwar:

1. Auf Entwährung von Sachen, welche der Käufer als Eigenthümer der Waare erworben haben würde, z. B. von Früchten, Erbschaften, von Sklaven (S. 29);

2. wenn der Käufer weiter veräußert, aber wegen fehlenden Eigenthums einen daraus erwarteten Vortheil nicht erlangt (l. 24 D. euict. l. 43—45 D. A. E. U. (S. 30);

3. wenn der Verkäufer die Waare verliert und wegen fehlenden Eigenthums keine vindicatio oder condictio abtreten kann (l. 35 § 4 D. C. E.) (S. 31);

4. wenn der Käufer nachträglich ex causa lucrativa Eigenthümer wird (S. 31 ff.);

5) endlich darf der Käufer dominii quaestione mota den Preis einbehalten (l. 19 § 1 D. per. et comm.) (S. 34).

Wenn man wie billig den Hauptwerth einer Schrift nach der Bedeutung und der Klarheit und Schärfe der ausgesprochenen Gedanken, sowie nach der Anregung, welche sie zu weiterem Forschen giebt, bemißt, so wird man der vorliegenden einen hohen Werth nicht absprechen können. Dagegen wird man die herrschende Lehre noch nicht als nunmehr völlig widerlegt ansehen dürfen.

Im älteren Recht wird nur Gewährung thatsächlichen Besitzes verlangt. Das neuere geht in vielen Fällen weiter, aber der Verkäufer hat immer nur für die Unentziehbarkeit seines Besitzes einzustehen und haftet bei mangelhaftem Besitze dem Käufer für das Interesse. Er ist aber namentlich immer sicher, wenn er publicianischen Besitz gewährt, welcher durch eine exceptio perpetua gegen die vindicatio geschützt ist, oder wenn er den Käufer gegen Beunruhigungen von Seiten des Eigenthümers sonst irgendwie sichert. Dominii quaestione mota kann der Preis natürlich wegen der Gefährdung des Besitzes zurückbehalten werden, aber auch nur, nisi fideijussores idonei offerantur.

Daß der Käufer Manzipation einer res mancipi verlangen konnte. wird durch die angeführten Stellen nicht bewiesen. Die praescriptio: ea res agatur de fundo mancipando sollte den Anspruch auf bloße Besitzübertragung vorbehalten; sie deutet also gerade darauf hin, daß man häufig nur diese verlangen konnte. Stellen wie l. 30 § 1 D. A.

E. U. und namentlich l. 25 § 1 D. C. E. beweisen, daß dies die Re-
war. Paulus sagt: si . . . neque tradatur neque mancipetur.
der angeführten Stelle von Paulus läßt sich ebenso wenig mit Sicherh-
etwas schließen. Wer wissentlich eine fremde Sache verkauft, haftet, w-
ausdrücklich hinzugefügt wird, nur wegen seines hierdurch bewiesen-
dolus, was bei einem bonae fidei contractus nicht befremden kann.
sich ausdrücklich als Eigenthümer ausgegeben hat, wird allerdings d-
einstehen müssen, wie für alle dicta et promissa.

Die Verpflichtung des Verkäufers geht regelmäßig nur auf Besi-
übertragung, mit dem Besitz wird zugleich Eigenthum gegeben, we-
der Verkäufer Eigenthümer ist (l. 12 § 2 D. A. E. U.). Deshalb
auch der Kauf allerdings eine iusta causa transferendi dominii.

Peruhöft.

Zur Berichtigung.

Im ersten Band S. 297 fgg. dieser Zeitschrift ist eine Rezensi-
meiner Schrift über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem acti-
von Dr. Max Cohn enthalten, die in mehreren Punkten irrthümlic-
Referate meiner Ansichten enthält. Da diese irrthümlichen Referate ge-
eignet erscheinen, meine Schrift bei dem großen Leserkreis der Zeitschri-
in ein verkehrtes Licht zu setzen, so sehe ich mich veranlaßt, Folgende
zu erklären:

Erstens spreche ich nirgends den Satz aus, es „liege be-
sämmtlichen Fällen ein und dasselbe Prinzip zu Grunde, aber „verschi-
dene juristische Constructionen"". Ich sage vielmehr p. 14: „Di-
Prinzip ist aber nicht für alle in den Quellen vorkommende Fälle de-
rei vindicatio utilis ein einheitliches, sondern verschiedene Prinzipien,
verschiedene juristische Constructionen führen nur in verschiedene-
Fällen zu demselben Resultat.

Zweitens gebe ich als Grundlage der Publiciana in rem acti-
nicht schlechtweg „gutgläubigen Besitzerwerb einer ersitzungsfähigen Sache"
an, sondern gutgläubigen titulirten Besitzerwerb einer ersitzungsfähigen
Sache. Vergl. p. 2. 147.

Drittens gestehe ich nicht ohne weiteres einem jeden Eigenthüme-
als Eigenthümer die Publiciana in rem actio zu, wie dies au-
meinen Erörterungen auf p. 3. 4 und namentlich p. 136 deutlich genu-
ersichtlich ist.

Viertens habe ich die Möglichkeit, daß der Publiciana in rem acti-
seitens des Beklagten nicht die exceptio justi dominii, sondern ein-
andere, z. B. die exceptio rei venditae et traditae, entgegengesetz-
werde, nicht nur nicht, wie mir der Herr Rezensent vorwirft, außer

acht gelassen, sondern sogar recht häufig erwähnt. Vergl. p. 3, 54, 144, 148; ferner p. 45, 80, 84, 88, wo zwar eine andere als die ptio justi dominii nicht ausdrücklich erwähnt ist, wo aber aus den mir gewählten Ausdrücken mit Bestimmtheit zu erkennen ist, daß mir wohl bewußt war, daß zwischen dem Eigenthümer und einem ändig unberechtigten Besitzer noch eine ganze Reihe mehr oder er berechtigter Besitzer in der Mitte stehe, die ich nur an den be= fenden Stellen besonders zu erwähnen keine Veranlassung hatte.

Auf die Rezension selbst einzugehen ist hier nicht der Ort.

Basel.

Dr. jur. F. Schulin.

Bibliographie.

Holtzendorff, Dr. Fr. v., Professor in München, Rechtslexikon. En
pädie der Rechtswissenschaft in alphabetischer Bearbeitung herausgegeben unter
wirkung vieler Rechtsgelehrter. Zweite durchgehends verbesserte und erhebl. verm
Auflage. 3. bis 7. Lieferung (Baurecht — Fabrikgesetzgebung). Leipzig, Duncker
Humblot 1874.

Wyß, Dr. P. Fr. v., Prof. in Basel, Ueber Rechtsstudium in der Sch
und Studium des schweizerischen Rechts. Akademische Antrittsrede. Basel,
meyer. 1874. 8 28 S.

Kritische Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft,
ausgegeben von Brinn und Pözl. Band 16. Heft 3. und 4. München 1874.
Oldenbourg.

Dahn, Dr. F. v., Prof. in Königsberg, Westgothische Studien. Entsteh
geschichte, Privatrecht, Strafrecht, Civil- und Strafproceß und Gesammtkritik der
Visigothorum. Würzburg, Stahel'sche Buchhandl. 1874. 4. 321. VIII. S.

Boos, H., Dr. phil Ueber Liten und Aldionen nach den Volksrech
Göttingen, R. Peppmüller. 1874. 8. 70 S.

Fitting, Dr. H., Prof. in Halle. Glosse zu den Exceptiones leg
Romanorum des Petrus. Aus einer Prager Handschrift zum ersten Mal her
gegeben und eingeleitet. Halle. Buchhandl. des Waisenhauses. 1874. 8. 68 S.

Fitting, H., Zur Geschichte der Rechtswissenschaft am Anfang
Mittelalters. Rede zum Antritt des Rectorats am 12. Juli 1874 geh
Halle. Buchhandl. des Waisenhauses. 1874. 8. 28 S.

Endemann, Dr. W., Studien in der Romanisch-kanonistisc
Wirthschafts- und Rechtslehre bis gegen Ende des XVII. Jahrhund
I. Band. Berlin. J. Guttentag (D. Collin). 1874. gr. 8. XII. u. 471. S

Lörsch, H., und Schröder, R., Urkunden zur Geschichte des de
schen Rechts. Für den Gebrauch bei Vorlesungen und Uebungen herausgege
I. Band. Privatrecht. Bonn. Ad. Marcus. 1874. 8. XII. und 237 S.

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenw
herausgegeb. v. Grünhut. Bd. II. H. I. Inhalt: v. Bar: Die juristische B
theilung der Zustände geistiger Störung und Krankheit. — Heyßler: Gegenwart
Zukunft der accessorischen Intervention im österr. Civil-Proceß. — Biberm
Entstehung und Bearbeitung der pragmatischen Sanction. Schulze: Das Fin
recht der Reichs- und Landtage nach älterem und neuerem deutschen Staatsrecht.

Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht mit Rücksicht auf Bayern
ausgegeb. von L. Heuser. 4. Heft. Nördlingen. Beck. 1873. Inhalt: Die Entwi
lung der Reichsgesetzgebung über das bürgerliche Recht und der P
sowie die Methode für die privatrechtliche Codification Vom Her
geber. — Rechtssprüche und Rechtsgutachten.

Die Gesetzgebung des deutschen Reiches mit Erläuterungen. In V
bindung mit Anderen herausgegeb. von Dr. E. Bezold. Zweiter Theil. Band
H. 2. enth. Deutsche Münzverfassung. (1) 2. Abth. mit Erläuterungen versehen von
Ad. Soetbeer (S. 147—210). — Dritter Theil. Strafrecht und Strafproceß. B
1. H. 1. Das Reichspreßgesetz vom 7. Mai 1874. Erläutert durch Dr. Fr.
Schwarze. — Erlangen. 1874. Palm und Enke.

Schloßmann, Dr. S., Prof. Zur Lehre vom Zwange. Eine civilisti
Abhandlung. Leipzig. Verlag von Breitkopf und Härtel. 1874 8. IV. und 151

Bruck, Dr. Adalb, Ger.-Ass. Die Beweislast hinsichtlich der Besch
fenheit des Kaufgegenstandes nach dem gemeinen und preuß. Civilrechte. Berl
C. Heymann. 1874 8. 114 S.

Hofmann, Fr., Prof. in Wien, Die Entstehungsgründe der Obli-
ionen, insbesondere der Vertrag mit Rücksicht auf Siegel: Das Ver-
chen als Verpflichtungsgrund. Wien. G. J. Manz. 1874. IV. und 116 S.

Gutachten des Königl. Preuß. litterarischen Sachverständigen-
:eins über Nachdruck und Nachbildung aus den Jahren 1864—1873 her-
gegeben von Dr. O. Dambach, Geh. Ober-Postrath und Prof. in Berlin (Publi-
onen des Börsenvereines der deutschen Buchhändler I.) Leipzig. Verlag des Börsen-
ins der deutschen Buchhändler. 1874. 8. XIV u. 169 S.

Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. X H 1. Darmstadt und
zig. Ed. Zernin 1874. Inhalt; Hofmann, A, In wessen Besitz gehört die
enthumsurkunde von Immobilien, so lange der Kaufpreis noch nicht vollständig be-
t ist? B., Kann der Käufer von Immobilien den Kaufpreis zurückhalten, so lange
keine Eigenthumsurkunde für ihn gerichtlich ausgefertigt ist? Westerburg, Ein-
des rechtskräft. Erkenntnisses über das Kapital auf die Forderung von vorbe-
lgenen und Verzugszinsen. — Entscheidungen. — Literar.-Anzeigen. —

Nani, Ces. Avv., Della responsabilita delle amministrazione
rroviarie relativamente ai trasporti. Torino. Vincenzo Bona. 1874. 8.
& 150 pp.

Meili, F., Dr. Advocat, Die Lehre von den Prioritätsactien. Ein Bei-
z zum Actienrecht. Orell, Füßli u. Co. in Zürich 1874. 8. 19. S.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausgegeben von den
then des Gerichtshofes. Band 12. H. 5. Band 13. H. 1—4. Erlangen. Ferd.
ke. 1874. 8.

Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für
yern in Gegenständen des Handels- und Wechselrechts, sowie von
igen Entscheidungen der bayrischen Handelsappelationsgerichte. Unter Aufsicht
d Leitung des k. bairischen Justizminister. herausgeb. II. Band IV. Heft. Erlangen.
lm u. Enke. 1874.

Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht herausgegeb. von Gold-
midt und Laband. Bd. 19. H. 3. u. 4. Erlangen. Ferd. Enke. 1874. In-
lt: Rissen, Ueber die Erhöhung des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft. Zim-
ermann, Wann geht das Eigenthum einer von einem andern Ort übersandten
aare an den Käufer über? Sydow, Ueber Consortien oder s g. Syndikate zur
tienb.gebung. — Rechtsquellen. — Rechtssprüche. — L.teratur. — Literaturübersicht
Sachregister.

Archiv für Theorie und Praxis des gesammten Handelsrechts u.
w., herausgegeben von Busch. N. F. Band 4. H. 4., Band 5. H. 1—3. Berlin.
Heymann. 1874.

Lippman, F. W. Kreisgerichtsrath, Ueber den normirten Eid und die Dar-
llung desselben in den neuesten Civilproceß-Gesetzentwürfen. Berlin. 1874. 8.
lius Springer.

Die Stellung des Richters. Ein Wort zur Deutschen Gerichtsorganisation.
rlin. W. Weber. 1874. 16 S. 8.

Wächter, Dr. C. G. v., Die Buße bei Beleidigungen und Körper-
:rletzungen, nach dem heute gemeinen Recht. Leipzig. A. Edelmann. 1874. 8. 87.

Gierke, O. Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neu-
ten Staatsrechtstheorien. Bes. Abdr. aus der Zeitschr. für Staatswissen-
aft. Heft 1 u. 2 1874. Tübingen. H. Laupp.

Laband, Prof. in Straßburg. Der Begriff der Sonderrechte. Aus den
nalen des Deutschen Reichs. Leipzig, Verlag von G. Hirth.

Meyer, Dr. E., Prof. in Halle. Ueber den Abschluß von Staatsver-
trägen. Leipzig, Duncker u. Humblot 1874. 8. XIII. u. 368 S.

Rickert, H. Die Gewerbeordnungs-Novelle im Reichstage I. Das
ewerbliche Schiedsgericht. Danzig. A. W. Kafemann 1874. 8. 88 S.

Förster, Dr., Ministerial-Director. Theorie und Praxis des heutigen

gemeinen preußischen Privatrechts auf der Grundlage des gemeinen deu Rechts. IV. Band 3. Aufl. Berlin, G. Reimer. 1874. 8. 524 S.

Dernburg, Dr. H. v., Prof. in Berlin. Lehrbuch des preußi Privatrechts. Erster Band 3. Abth. (Schluß mit Register). Halle, Buchh Waisenhauses 1875. 8. XIV. u. 918 S.

Stölzel, Dr. Ad., Geh. J.-R. Das Recht der väterlichen Gewalt Preußen. Separatabdruck aus dem Just.-Min.-Blatt. Berlin, Geh. Ober-Hof 1874. 4. 43 S.

Sternberg, Leo. Glossen zu dem Entwurf des Gesetzes über Vormundschaftswesen für die Preuß. Monarchie. Berlin, 1875. Putt u. Mühlbrecht. 985 S. 8.

Olshausen, Dr., J. Staatsanwaltsgehülfe, Die Einsprüche dritter P sonen in der Executionsinstanz nach gem. und preuß. Recht sowie vom St punkt der Gesetzgebung. Berlin 1874. Franz Vahlen. IV. u. 129 S. 8.

Klostermann, Dr. R., Oberbergrath und Prof. Das allgemeine Ber gesetz für die preuß. Staaten vom 24. Juni 1865 nebst Einleitung u. Komme mit vergleichender Berücksichtigung der übrigen deutschen Berggesetze heraus Berlin, J. Guttentag (D. Collin) 1874. gr. 8. XIV. u. 399 SS.

Dalcke, A., Oberstaatsanwalt. Das Gesetz über die Enteignung v Grundeigenthum vom 11. Juni 1874. Aus den Materialien und der Re lehre erläutert. Berlin 1874. J. Guttentag (D. Collin) S. 156.

Hinschius, Dr. P., Prof. in Berlin. Das preußische Gesetz über d Beurkundung des Personenstandes und die Form der Eheschließu vom 9. März 1874, mit Kommentar in Anmerkungen. Berlin 1874. J. Gutte (D. Collin) 8: VI. u. 155.

Die Grundbuchordnung im Lichte u. Dunkel der Praxis. Ge grämliche Herzensergießungen eines alten Praktikers. (Sammlung von Erörterungen das Preuß. Grundbuchrecht Nr. 3.) Berlin, J. Guttentag (D. Collin). 1874 IV. u. 51 S.

Striethorst. Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Kö Obertribunals gelangt sind. Dritte Folge fünfter Jahrg. 2. Band; des Ganzen 90 Berlin, J. Guttentag (D. Collin). 1874. 8. 394 S.

Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts u. s. w. Herausg von Gruchot, N. F. Dritter Jahrg. 5. u. 6. Heft. Berlin, Franz Vahlen. 187 Inhalt: Voigtel, Entwurf der Deutschen Gemeinschuldordnung. Peters Fortse der Korrealhypothek. Wandersleben, Eintragung der im § 73 der Gr. B. O erwähnten Rechte nach dem 1. October 1873. Brettner Dauer der Altersvormun schaft. — Gruchot, Zur Lehre von der Streitverkündigung. Egner, Zum Deutsch Armenpflegerecht. Hassenstein, Einfluß der nothwendigen Subhastation auf d Korrealhypothek. — Rechtssprüche. — Literatur.

XIV.

Das Recht der Enteignung des Grundeigenthums in Preußen

nach dem Gesetze vom 11. Juni 1874.

Von Herrn Professor Georg Meyer in Marburg.

1.

Das Recht der Enteignung ermangelte bis zum Erlaß des Gesetzes vom 11. Juni 1874 nicht nur in Preußen überhaupt, sondern selbst in den älteren Landestheilen der Monarchie jeder Einheitlichkeit. Die betreffenden Vorschriften fanden sich in einer großen Reihe von Specialgesetzen zerstreut, welche für die einzelnen Provinzen oft sehr verschiedene Grundsätze aufstellten.

Im Gebiete des allgemeinen Landrechtes war zunächst durch das angeführte Gesetzbuch selbst eine Reihe von Bestimmungen über die Enteignung getroffen worden[1]). Außerdem bestanden mehrere Provinzialgesetze über Chausseebau[2]) und besondere gesetzliche Erlasse über Ent- und Bewässerungen[3]), deren Normen sich auch

[1]) Einleitung §§ 73–75, Theil I, Tit. 8, §§ 108 u. 113; Tit. 9, §§ 258—262; Tit. 11, §§ 4—11. Theil II. Tit. 15, §§ 4—6, 18 u. 19; Tit. 16, §§ 109—116.

[2]) Edict über die Verbindlichkeit der Unterthanen der Kurmark in Ansehung des Chausseebaues vom 18. April 1792. Chausseebaureglement für die Grafschaft Mark vom 31. Mai 1796. Publicandum für das Herzogthum Magdeburg und das Fürstenthum Halberstadt vom 13. November 1787. Allerhöchste Kabinetsordre vom 11. Juni 1825 für Preußen, betreffend die Vergütigung für die von Grundbesitzern aus ihren Feldmarken zum Chausseebau hergegebenen Feldsteine, Sand und Kies.

[3]) Für Entwässerungen: Gesetz wegen des Wasserstaues bei Mühlen und Verschaffung der Vorfluth vom 15. November 1811, Gesetz, betreffend das für Entwässerungsanlagen einzuführende Aufgebots- und Präclusivverfahren vom 23. Januar 1846; für Bewässerungen: Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 und Wiesenordnung für den Kreis Siegen vom 28. Octo-

auf die für diese Zwecke erforderlichen Expropriationen erstreckte. Im Bezirke des Appellationsgerichtes zu Cöln galten das französische Expropriationsgesetz vom 8. März 1810, das in einzelnen Beziehungen durch ein späteres preußisches Gesetz[4]) modificirt worden war, und specielle Gesetze über Ent- und Bewässerungen[5]). Von denjenigen gemeinrechtlichen Gebieten, welche bereits vor dem Jahre 1866 der preußischen Monarchie angehörten, hatte lediglich der Bezirk des Justizsenates von Ehrenbreitenstein eine, wenn auch wenig eingehende Regelung seines Enteignungsrechtes durch ein allgemeines Gesetz[6]) erfahren. Dagegen fehlte es in Neuvorpommern und Rügen, sowie in den hohenzollernschen Landen gänzlich an einer solchen. Specialgesetze für Enteignungen zu Be- und Entwässerungsanlagen existirten jedoch auch hier fast überall[7]). Für das vormalige Königreich Hannover hatte der § 35 des Staatsgrundgesetzes vom 6. August 1840 einige allgemeine Bestimmungen getroffen, welche durch ein preußisches Gesetz vom 12. März 1871 den inzwischen veränderten Verhältnissen angepaßt

---

ber 1846; für Drainirungen: Gesetz, betreffend die Einführung des dritten Abschnittes des Gesetzes über die Benutzung der Privatflüsse vom 28. Februar 1843 in den hohenzollernschen Landen, die Bildung von Genossenschaften zu Entwässerungsanlagen und die Anwendung der Vorfluthsgesetze auf unterirdische Wasserableitungen vom 11. Mai 1853, Art. 3.

[4]) Gesetz, betreffend die Abänderung bez. Ergänzung des in dem Bezirke des Appellationsgerichtshofes zu Cöln geltenden Expropriationsgesetzes vom 25. Mai 1857.

[5]) Für Entwässerungen: Gesetz wegen Verschaffung der Vorfluth in den Bezirken des Appellationsgerichtshofes von Cöln und des Justizsenates zu Ehrenbreitenstein, sowie in den hohenzollernschen Landen vom 19. Juni 1859; für Bewässerungen: das Gesetz über die Privatflüsse vom 28. Februar 1843, welches im Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Cöln durch eine Verordnung vom 9. Januar 1845 eingeführt worden ist.

[6]) Gesetz, betreffend das Expropriationsverfahren im Bezirk des Justizsenates zu Ehrenbreitenstein vom 8. April 1868.

[7]) Für Entwässerungen: im Bezirk des Justizsenates zu Ehrenbreitenstein und den hohenzollernschen Landen das Anmerkung 5 citirte Gesetz vom 19. Juni 1859, in Neuvorpommern und Rügen das Vorfluthsgesetz vom 9. Februar 1867; für Bewässerungen: im Bezirk des Justizsenates zu Ehrenbreitenstein, sowie in Neuvorpommern und Rügen das Gesetz vom 28. Februar 1843. Dieses war von vornherein mit für die betreffenden Gebietstheile erlassen, dagegen umfaßte die Ausdehnung desselben auf die hohenzollernschen Lande, welche durch das Gesetz vom 11. Mai 1853 erfolgte, nur den dritten Abschnitt, die Bestimmungen über die Bildung von Genossenschaften zu Bewässerungsanlagen, also nicht die Grundsätze über das Enteignungsrecht.

[...]rden; außerdem bestanden Specialgesetze für Enteignungen zum Zweck [...] Eisenbahnanlagen[8]), Chausseebauten[9]), Herstellung von Schifffahrts[...]nälen und Häfen[10]), Deichanlagen[11]), Ent- und Bewässerungen[12]) und [Wi]ederaufbau abgebrannter Gebäude[13]). Das frühere Kurfürstenthum Hessen besaß ein allgemeines Gesetz über Abtretungen zu öffent[lic]hen Zwecken vom 30. October 1834, dessen Bestimmungen sich auf [di]e Anlage von Land- und Ortsstraßen[14]), die Erbauung von Kasernen [u]nd Einrichtung von Plätzen für militärische Schießübungen[15]), die An[le]gung und Erweiterung von Todtenhöfen[16]), die Herstellung von öffent[lic]hen Unterrichtsanstalten, Hospitälern, Krankenhäusern, Gerichts- und [G]efängnißlocalen und öffentlichen Wasserleitungen[17]) bezogen. Beson[de]re Gesetze existirten für Abtretungen zum Zweck von Eisenbahn- und [T]elegraphenanlagen[18]) und von Ent- und Bewässerungen[19]). In den [v]om Großherzogthum Hessen abgetretenen Gebietstheilen galt das

[8]) Gesetz, betreffend die Veräußerungsverpflichtung behufs Eisenbahnanlagen [v]om 8. September 1840, in einzelnen Beziehungen abgeändert durch das Gesetz [v]om 6. August 1844 und auf die Landdrosteibezirke Osnabrück und Aurich aus[g]edehnt durch das Gesetz vom 31. Juli 1850.

[9]) Gesetz über den Chausseebau vom 20. Juni 1850, Abschnitt III. Gesetz [ü]ber Gemeindewege und Landstraßen vom 28. Juni 1851, §§ 69 – 72.

[10]) Gesetz, betreffend die Veräußerungspflicht behufs der Anlage von Schiff[f]ahrtskanälen und Häfen und behufs Schiffbarmachung von Flüssen vom 16. Sep[t]ember 1846.

[11]) Deich- und Siehlordnung für Ostfriesland vom 12. Juni 1853, §§ 175—177. Deich- und Siehlordnung für das Fürstenthum Lüneburg und die vormals lauen[bu]rgischen Landestheile vom 15. April 1862, §§ 166, 168. Deich- und Abwässe[ru]ngsordnung für die Grafschaften Hoya und Diepholz vom 22. Januar 1864, §§ 118, 120.

[12]) Gesetz über Entwässerung und Bewässerung der Grundstücke vom 22. August 1847.

[13]) Gesetz vom 9. Februar 1863 für Ostfriesland und Gesetz vom 14. No[ve]mber 1864 für das Fürstenthum Lüneburg.

[14]) Gesetz vom 30. October 1834, § 1.

[15]) Gesetz vom 25. October 1847.

[16]) Gesetz vom 22. Januar 1857.

[17]) Gesetz vom 4. April 1866.

[18]) Gesetz vom 2. Mai 1863, die Anlegung von Eisenbahnen und Telegraphen und die dazu erforderliche Abtretung von Grundeigenthum betreffend.

[19]) Gesetz vom 28. Oktober 1834, die Beseitigung mehrerer der Verbesserung des Acker- und Wiesenbaus entgegenstehenden Hindernisse betreffend, namentlich § 6 ff. Gesetz vom 17. December 1857 über die Ausführung von Entwässerungsanlagen mittelst unterirdischer Röhren (Drains).

großherzoglich hessische Gesetz vom 27. Mai 1821, dessen Vorschriften kraft specieller Anordnung für gültig erklärt waren bei Expropriationen zu Provinzialstraßen[20]), zu Eisenbahnunternehmungen von Privatgesellschaften[21]) und für den Zweck der Regulirung von Bächen[22]). Besondere Bestimmungen traten ein bei Entschädigungen für die bei Bränden abgebrochenen und beschädigten Gebäude[23]), bei Ueberlassung von Grundeigenthum zu Bauplätzen[24]), bei Ent- und Bewässerungen und der Einrichtung von Wassertriebwerken[25]). Für das *Amt Homburg* bestand ein landgräflich hessisches Gesetz vom 14. August 1841 über Abtretung von Privateigenthum zu öffentlichen Zwecken, das in einzelnen Beziehungen durch Art. 5 der Bauverordnung vom 17. November 1842 ergänzt wurde. Im Gebiete der *Stadt Frankfurt* waren die Bestimmungen des Gesetzes vom 8. Juni 1866 maßgebend, in einzelnen Punkten modificirt durch die preußischen Gesetze vom 5. Januar 1870 und 12. März 1871. In den *früheren bayrischen Gebietstheilen* galt das Gesetz vom 17. November 1837, die Zwangsabtretung von Grundeigenthum zu öffentlichen Zwecken betreffend. Im ehemaligen *Herzogthum Nassau* war die Abtretung von Grundeigenthum zu öffentlichen Zwecken durch eine herzogliche Verordnung vom 25./26. August 1812 und eine Ausführungsordnung vom 12. Juli 1838 geregelt, deren Bestimmungen mit einzelnen Modificationen auf eine Reihe von Specialfällen ausgedehnt wurden[26]). In der Provinz *Schleswig-Holstein* bestand als allgemeines Gesetz das Patent vom 28. October 1811, betreffend die Ueberlassung eines Grundstückes zum öffentlichen Gebrauch, während besondere Vorschriften in der Verord-

20) Gesetz vom 12. October 1830, Art. 8.

21) Gesetz vom 28. Juni 1836, Art. 1.

22) Gesetz vom 19. Februar 1853, Art. 15.

23) Brandversicherungsordnung vom 18. November 1816.

24) Verordnung vom 29. Juli 1791, die Ueberlassung von Grundeigenthum zu Bauplätzen betreffend. Verordnung vom 21. December 1809, § 6. Verordnung der Regierung zu Gießen vom 18. Juni 1811.

25) Gesetz über Wiesencultur vom 7. October 1821. Gesetz über Entwässerung von Grundstücken vom 2. Januar 1858. Gesetz über Errichtung und Beaufsichtigung von Wassertriebswerken vom 20. Februar 1853, Art. 10, 29.

26) Durch die Regierungsverordnung vom 10. April 1816 auf die Errichtung von Gebäuden in Baulinien, durch die Ministerialverfügung vom 12. September 1829, § 1 auf Bachregulirungen; durch die Regierungsverordnung vom 27. Juli 1858, §§ 3, 11, 14, 34 auf Be- und Entwässerungsanlagen und Wassertriebwerke; durch das Chausseebaugesetz vom 2. October 1862 auf Anlage von Chausseen.

ng betreffend Wasserlösungsangelegenheiten in Schleswig vom 6. September 1863 und dem Deichreglement vom 6. April 1863 enthalten ren.

Die Grundsätze über die Enteignungen zum Zweck von Eisenbahnbauten hatte das Gesetz vom 3. November 1838, §§ 8—19, r den ganzen damaligen Umfang der Monarchie festgestellt. Bei Ausdehnung desselben auf die neuerworbenen Landestheile wurden jedoch rade die auf das Enteignungsrecht bezüglichen Vorschriften von der nwendung ausgeschlossen[27]). Für die hohenzollernschen Lande war ein ecielles Gesetz über die Anlage von Eisenbahnen vom 1. Mai 1865 lassen, welches betreffs der Enteignungen ziemlich ähnliche Vorschriften ie das Gesetz vom 3. November 1838 aufstellte. Für Expropriationen m Zwecke des Deichbaues waren die Bestimmungen des Gesetzes über as Deichwesen vom 28. Januar 1848 maßgebend. Dieses wurde durch in Gesetz vom 11. April 1872 auf die Provinzen Schleswig-Holstein nd Hannover ausgedehnt, jedoch so, daß einzelne Gebietstheile derselen von der Anwendung ganz ausgeschlossen blieben; auch für die von er Ausschließung nicht betroffenen Theile wurden verschiedene Vorschriften des Gesetzes, darunter die über das Enteignungsrecht, nicht nerheblich modificirt. Einheitliche Normen für das ganze Staatsgebiet bestanden nur hinsichtlich der Enteignungen für den Bergbau[28]) und die Errichtung von Marksteinen behufs Durchführung der Landesvermessung[29]).

Ein derartiger Zustand der Rechtszersplitterung hinsichtlich eines Institutes, welches wesentlich von öffentlich rechtlichen Gesichtspunkten beherrscht wird, war selbstverständlich auf die Dauer unhaltbar. Principielle Gesichtspunkte sowohl, als die Bedürfnisse der Praxis drängten zu einer einheitlichen Regelung des Enteignungsrechtes. Eine solche war auch bereits durch Artikel 9 der Verfassung in Aussicht gestellt, welcher

---

[27]) Verordnung, betreffend die Einführung des Gesetzes über die Eisenbahnunternehmungen u. s. w. in den neu erworbenen Landestheilen vom 19. August 1867.

[28]) Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten vom 24. Juni 1865, §§ 135—147. Dasselbe ist durch Verordnungen vom 22. Februar, 1. Mai und 8. Juni 1867 und Gesetz vom 12. März 1869 auf die neuen Landestheile ausgedehnt worden.

[29]) Gesetz, betreffend die Errichtung und Erhaltung von Marksteinen behufs der zur Legung eines trigonometrischen Netzes über die sechs östlichen Provinzen der Monarchie zu bestimmenden trigonometrischen Punkte vom 7. October 1865. Gesetz, betreffend die Errichtung von Marksteinen vom 7. April 1869.

lautete: „Das Eigenthum ist unverletzlich. Es kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles gegen vorgängige, in dringenden Fällen wenigstens vorläufig festzustellende Entschädigung nach Maßgabe des Gesetzes entzogen oder beschränkt werden."

Auf Grund dieser Bestimmung gelangten bereits in den Jahren 1851 und 1862 Anträge aus dem Herrenhause und dem Abgeordnetenhause an die Staatsregierung, welche letztere zur Vorlegung eines Expropriationsgesetzes aufforderten. In Folge dessen veranlaßte das Justizministerium die Ausarbeitung eines Gesetzentwurfes über Entziehung und Beschränkung des unbeweglichen Eigenthums, der im Justizministerialblatte veröffentlicht wurde[30]), jedoch vorläufig nicht an den Landtag gelangte. Nachdem durch die Ereignisse des Jahres 1866 eine bedeutende Vergrößerung des preußischen Staatsgebietes eingetreten war, wurde mit Rücksicht auf den Rechtszustand der neuen Provinzen eine Umarbeitung erforderlich. Erst in der Landtagssession des Winters 1868/69 erfolgte die Vorlage an das Herrenhaus[31]). Der Gesetzentwurf wurde von einer Commission vorberathen[32]) und vom Hause angenommen[33]). Dagegen befaßte sich das Abgeordnetenhaus in dieser Session nicht mit demselben. In der Session 1869/70 ging der Entwurf wieder zunächst an das Herrenhaus[34]), wurde dort wiederum von einer Commission[35]) berathen und vom Plenum angenommen[36]). Die Vorlage gelangte sodann an das Abgeordnetenhaus, wo zwar eine aus-

---

[30]) Justizministerialblatt Jahrgang 26, (1864) S. 337 ff.

[31]) Regierungsvorlage vom 2. November 1868. Stenographische Berichte über die Verhandlungen der durch die Allerhöchste Verordnung vom 15. October 1868 einberufenen beiden Häuser des Landtages. Herrenhaus, Band II. Anlagen Nr. 10.

[32]) Bericht der achten Commission über den Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Entziehung und Beschränkung des Grundeigenthums, vom 14. December 1868. Sten. Ber. Bd. II. Anlagen Nr. 37.

[33]) In der sechsten Sitzung vom 18. December 1868. Sten Ber. Bd. I S. 95 ff.

[34]) Regierungsvorlage vom 8. October 1869. Stenographische Berichte über die Verhandlungen der durch die Allerhöchste Verordnung vom 21. September 1869 einberufenen beiden Häuser des Landtages. Herrenhaus, Drucksachen Nr. 11.

[35]) Bericht der zehnten Commission über den Gesetzentwurf, betreffend die Entziehung und Beschränkung des Grundeigenthums vom 16. November 1869. Drucksachen No. 34.

[36]) In der sechsten Sitzung vom 19. November 1869. Sten. Ber. Bd. I S. 81 ff.

ührliche Commissionsberathung[37]), aber keine Erörterung im Plenum stattfand. In der Session der Jahre 1871/72 wurde der Entwurf abermals eingebracht, dieses Mal jedoch zuerst im Abgeordnetenhause[38]), in welchem er aber wiederum nicht über das Stadium der Commissionsberichterstattung[39]) hinausgelangte. Erst in der Session 1873/74 kam die Angelegenheit zum Abschluß. Die Vorlage wurde beim Abgeordnetenhause eingebracht[40]). Hier erfolgte nach der ersten Lesung[41]) die Ueberweisung an eine Commission; auf Grund des von dieser erstatteten Berichtes[42]) fand die zweite Lesung in drei Sitzungen[43]) und später die dritte Lesung in einer Sitzung[44]) statt. Im Herrenhause trat zunächst wieder eine Commissionsberathung[45]) und dann die Plenarverhandlung[46]) ein, durch welche die Beschlüsse des Abgeordnetenhauses in

---

37) Bericht der sechzehnten Commission über den Entwurf eines Gesetzes über die Entziehung und Beschränkung des Grundeigenthums vom 29. Januar 1870. Anlagen zu den stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten während der dritten Session der zehnten Legislaturperiode vom 6. October 1869 bis 12. Februar 1870. Bd. III. Nr. 304.

38) Regierungsvorlage vom 1. Mai 1871. Anlagen zu den stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten während der zweiten Session der elften Legislaturperiode, 1871—1872. Band I. Nr. 6.

39) Bericht der zehnten Commission über den Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Entziehung und Beschränkung des Grundeigenthums vom 4. März 1872 a. a. O. Bd. III. Nr. 223.

40) Regierungsvorlage vom 13. November 1873. Anlagen zu den stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Hauses der Abgeordneten während der ersten Session der zwölften Legislaturperiode, 1873—74. Bd. I. Nr. 18.

41) In der zehnten Sitzung vom 28. November 1873. Stenographische Berichte über die Verhandlungen der durch die Allerhöchste Verordnung vom 4. November 1873 einberufenen beiden Häuser des Landtages. Haus der Abgeordneten, Bd. I. S. 128 ff.

42) Bericht der achten Commission über den Gesetzentwurf, betreffend die Enteignung des Grundeigenthums, vom 19. December 1873. Anlagen a. a. O. Bd. II. Nr. 149.

43) In der dreiundfünfzigsten, vierundfünfzigsten und fünfundfünfzigsten Sitzung vom 27., 28. und 30. April 1874. Sten. Ber. Bd. II. S. 1252 ff.

44) In der einundsechzigsten Sitzung vom 7. Mai 1874. Sten. Ber. a. a. O. S. 1497 ff.

45) Bericht der zwölften Commission über den Gesetzentwurf, betreffend die Enteignung von Grundeigenthum, vom 13. Mai 1874. Sten. Ber. Herrenhaus, Bd. II. Anlagen Nr. 108.

46) In der vierundzwanzigsten Sitzung am 18. Mai 1874. Sten. Ber. Herrenhaus, Bd. I. S. 376 ff.

einzelnen Punkten abgeändert wurden. Schließlich nahm das Abgeordnetenhaus die Vorlage in der Fassung des Herrenhauses an[47]).

Die Sanction des Gesetzes erfolgte am 11. Juni 1874, die Publication in Nr. 16 der Gesetzsammlung. Das Gesetz führt den Titel: Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum.

2.

Das Gesetz vom 11. Juni 1874 bezieht sich auf Enteignungen, d. h. Entziehungen oder Beschränkungen des Eigenthums oder der Rechte am Eigenthum (§§ 1 u. 6). Dabei ist es selbstverständlich, daß unter den Beschränkungen nur solche verstanden sind, welche durch einen concreten Act der staatlichen Organe auferlegt werden, nicht solche, welche, wie z. B. die gewerbe- und baupolizeilichen, auf allgemeinen gesetzlichen Vorschriften beruhen[48]).

Das Gesetz umfaßt jedoch nicht alle Arten von Enteignungen.

Es bezieht sich nur auf die Enteignung von Grundeigenthum. Unzweifelhaft ist das Institut der Expropriation begriffsmäßig nicht auf Grundeigenthum beschränkt, immerhin bildet aber die Enteignung von Grundeigenthum den practisch wichtigsten Fall der Enteigung. Zumal in Preußen war nur für diesen das Bedürfniß nach einer gesetzlichen Regelung vorhanden. Denn unter den Enteignungen von Mobilien sind nur diejenigen, welche für Kriegszwecke, und allenfalls diejenigen, welche bei Viehseuchen erfolgen, von besonderer Bedeutung; diese hatten aber bereits eine reichsgesetzliche Regelung erfahren[49]). Außerdem existirt im preußischen Landrecht die Bestimmung, daß bei entstehendem Getreidemangel der Staat zur Abwendung einer drohenden Hungersnoth berechtigt ist die Besitzer von Getreidevorräthen zur Ausstellung derselben zum feilen Verkauf, jedoch mit Vorbehalt ihres eigenen Be-

---

[47]) In der einundsiebenzigsten Sitzung am 20. Mai 1874. Sten. Ber. Abgeordnetenhaus, Bd. II. S. 1843.

[48]) Die ursprüngliche Regierungsvorlage hatte dies ausdrücklich ausgesprochen (Regierungsvorlage vom 2. November 1868 § 50); die Commission des Herrenhauses strich jedoch die betreffende Stelle, weil diese entweder etwas besage, was sich von selbst verstehe und dann entbehrlich sei, oder eine weitergehende Bedeutung habe, deren Tragweite sich nicht übersehen lasse, und dann bedenklich wäre (Commissionsbericht vom 14. December 1868, zu § 50).

[49]) Gesetz über die Kriegsleistungen vom 13. Juni 1873. — Gesetz, Maßregeln gegen die Rinderpest betreffend, vom 7. April 1869.

dürfnisses zu nöthigen[50]). Diese Vorschrift ist natürlich durch das vorliegende Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum in ihrer Gültigkeit für das Gebiet des allgemeinen Landrechtes nicht berührt worden. Es lag aber auch durchaus keine Veranlassung vor, sie auf die übrigen Theile der Monarchie auszudehnen. Sie gehört einer vergangenen Zeit an, ist seit vielen Jahrzehnten nicht mehr in Anwendung gebracht worden, und man kann nicht annehmen, daß bei den heutigen Communicationsmitteln jemals wieder ein Bedürfniß nach einer solchen Vorschrift entstehen wird. Sollte dies jedoch wider Erwarten der Fall sein, so würde die Angelegenheit unzweifelhaft Gegenstand reichsgesetzlicher Regelung werden müssen.

Das Gesetz bezieht sich ferner nicht auf solche Enteignungen, welche für gewisse Landesculturzwecke durch Specialgesetze vorgeschrieben oder kraft Gewohnheitsrechtes[51]) zulässig sind (§ 54). Es fallen daher nicht in den Geltungsbereich desselben:

1. die Regulirungen der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse, die Ablösungen, Gemeinheitstheilungen und Verkoppelungen, welche überhaupt keine Enteignungen im technischen Sinne sind;
2. diejenigen Entziehungen und Beschränkungen des Grundeigenthums, welche durch besondere Gesetze über Vorfluths-, Ent- und Bewässerungsangelegenheiten, Benutzung von Privatflüssen und Wiesengenossenschaften geregelt sind. In Bezug auf die angeführten Gegenstände besteht eine umfassende Gesetzgebung für die alten Provinzen mit einer theilweisen Ausnahme hinsichtlich der hohenzollernschen Lande[52]), sowie für die Provinz Hannover und das frühere Kurfürstenthum Hessen. In diesen Landestheilen sind daher lediglich die betreffenden Bestimmungen der Specialgesetze als maßgebend anzusehen[53]). Wo es dagegen ganz an Normen über die erwähnten Angelegenheiten fehlt, müssen etwa vorkommende Enteignungen für solche Zwecke nach den Vorschriften des vorliegenden Gesetzes beurtheilt werden. Wo endlich zwar Spe-

[50]) A. L.-R. Th. I, Tit. 11, § 7.

[51]) Die Bestimmung über die im „Gewohnheitsrecht begründete Entziehung und Beschränkung des Grundeigenthums“ ist mit specieller Rücksicht auf die Provinz Schleswig-Holstein aufgenommen worden (Commissionsbericht des Abgeordnetenhauses vom 29. Januar 1870, zu § 44).

[52]) Vergl. Anmerkung 7.

[53]) Dieselben sind aufgeführt in den Anmerkungen 3, 5, 7, 12 und 19.

cialgesetze über die betreffenden Gegenstände existiren, in diesen aber hinsichtlich der Enteignungen auf die allgemeinen Expropriationsgesetze verwiesen wird, treten nach Maßgabe des § 58 die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes an ihre Stelle; die Modificationen, welche hinsichtlich der Bestimmungen jener älteren Gesetze vorgeschrieben waren, sind analog auch bei dem gegenwärtigen in Anwendung zu bringen;

3. diejenigen Enteignungen, welche für Zwecke des Deichbaues erfolgen. In dieser Hinsicht sind lediglich die Vorschriften der allgemeinen Gesetze vom 28. Januar 1848 und 11. April 1872 und der besonderen Gesetze für die Artikel 2 des Gesetzes vom 11. April 1872 angeführten Gebietstheile als maßgebend zu erachten;
4. Expropriationen im Interesse des Bergbaues und der Landestriangulation, welche sich im ganzen Gebiete des Staates nach den Vorschriften des Berggesetzes vom 24. Juni 1865 und der Gesetze, betreffend die Errichtung von Marksteinen, vom 7. October 1865 und 7. April 1869 richten;
5. Enteignungen bei Bildung von Waldgenossenschaften. Die bisherige Gesetzgebung über diesen Gegenstand enthält nur vereinzelte Normen für gewisse Landestheile[54]); die Ausnahmebestimmung des vorliegenden Gesetzes ist unzweifelhaft wesentlich mit Rücksicht auf die demnächst in Aussicht stehende gesetzliche Regelung der betreffenden Angelegenheit erlassen worden.

Die Vorschriften des Gesetzes vom 11. Juni 1874 finden endlich keine unbedingte Anwendung auf diejenigen Enteignungen von Grundeigenthum, welche in Folge von reichsrechtlichen Bestimmungen stattfinden. Gesetzlich festgestellte Fälle von Enteignungen von Grundeigenthum durch das Reich finden sich bis jetzt in dem Gesetz über die Kriegsleistungen vom 13. Juni 1873, in dem Gesetz, betreffend Maßregeln gegen die Rinderpest, vom 7. April 1869, in dem Gesetz, betreffend die Beschränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen, vom 21. December 1871 und in Art. 41 der Reichsverfassung aufgeführt. Es kann aber nicht zweifelhaft sein, daß das Reich auch ohne eine allgemeine gesetzliche Grundlage überall da,

---

[54]) Vergl. die Uebersicht bei v. Rönne: „Das Staatsrecht der preußischen Monarchie.“ Bd. II. Abth. II. § 431.

wo es zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlich erscheint, befugt ist Enteignungen durch specielle Acte der Reichsgesetzgebung anzuordnen. Es fragt sich nun, ob und in wie weit bei Enteignungen von Reichs wegen die Vorschriften der Landesgesetze, also in Preußen des Gesetzes vom 11. Juni 1874 in Anwendung zu bringen sind. Von den Bestimmungen des Gesetzes über die Kriegsleistungen kommt für uns namentlich § 3 Nr. 4 in Betracht, nach welchem die Gemeinden die Verpflichtung haben die für den Kriegsbedarf erforderlichen Grundstücke und vorhandenen Gebäude zu überweisen. Für das dabei eintretende Verfahren und die zu gewährende Entschädigung sind die speciellen Anordnungen des angeführten Gesetzes maßgebend. Nur wenn Grundstücke, welche zur Ergänzung fortificatorischer Anlagen im Falle der Armirung einer Festung in Anspruch genommen worden sind, nach eingetretener Desarmirung nicht zurückgegeben werden, erfolgt die Feststellung der Entschädigung für die Abtretung des Eigenthums im Wege des für Enteignungen vorgeschriebenen Verfahrens, also in Preußen nach Maßgabe der Vorschriften des Gesetzes vom 11. Juni 1874[85]). — Die Enteignungen von Grund und Boden zum Verscharren getödteter Thiere und giftfangender Stoffe bei Gelegenheit der Rinderpest richten sich lediglich nach dem Reichsgesetz vom 7. April 1869. — Das Gesetz, betreffend die Beschränkungen des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen schreibt im § 41 vor, daß innerhalb 90 Tagen nach Feststellung der Entschädigung für die Rayonbeschränkungen die Militärbehörde das Recht hat die Enteignung des betreffenden Grundstückes zu beantragen. Das Verfahren bei der Enteignung soll sich nach den Landesgesetzen richten. Dabei ist jedoch zu bemerken, daß letztere Bestimmung nur auf die Feststellung der Entschädigung und die Vollziehung der Enteignung bezogen werden darf; von einer Bestimmung des Objectes kann keine Rede mehr sein, nachdem der Rayonplan von der Commandantur festgestellt und im Falle eines Recurses von der Reichsrayoncommission gebilligt worden ist. — Was endlich Artikel 41 der Reichsverfassung betrifft, so giebt dieser bekanntlich der Reichsgesetzgebung das Recht Eisenbahnen selbst anzulegen oder an Privatunternehmer zu concessioniren und mit Expropriationsrecht auszustatten. Sollte das Reich von dieser Befugniß Gebrauch machen, so würden die nothwendigen Ent-

[85]) Gesetz über die Kriegsleistungen, vom 13. Juni 1873, § 14, Absatz 3.

eignungen in jedem Lande, dessen Gebiet die fragliche Eisenbahn berührte, nach Maßgabe der landesgesetzlichen Bestimmungen vor sich gehen müssen, vorausgesetzt, daß in dem betreffenden „Reichsgesetze" nicht etwas Anderes bestimmt wäre. Dasselbe gilt für andere Specialfälle, in denen das Reich das Recht der Enteignung für sich in Anspruch nehmen sollte.

3.

Der Staat bedarf zur Durchführung seiner Aufgaben häufig gewisser Gegenstände, welche sich im Vermögen von Privatpersonen befinden. In solchen Fällen muß das Privatrecht dem Staatsbedürfniß weichen; der Einzelne ist verpflichtet seine Sache oder sein Recht an derselben im öffentlichen Interesse abzutreten. Gleichzeitig mit der Verpflichtung zur Abtretung entsteht aber für ihn ein Anspruch auf volle Entschädigung, denn nur die Sache oder das Recht selbst, nicht auch deren Werth ist zur Realisirung des betreffenden Staatszweckes erforderlich. Diesen principiellen Gesichtspunkten giebt das preußische Enteignungsgesetz einen sachgemäßen Ausdruck, indem es in § 1 sagt: „Das Grundeigenthum kann nur aus Gründen des öffentlichen Wohles für ein Unternehmen, dessen Ausführung die Ausübung des Enteignungsrechtes erfordert, gegen vollständige Entschädigung entzogen oder beschränkt werden."

Von praktisch größerer Wichtigkeit als die Aufstellung des allgemeinen Princips ist dessen Anwendung auf die einzelnen Fälle. In dieser Beziehung sind drei verschiedene Systeme zu unterscheiden: Anordnung jeder einzelnen Expropriation durch ein Specialgesetz, Entscheidung eines hervorragenden Organes des Staates über die Zulässigkeit der Expropriation im einzelnen Falle oder Aufstellung allgemeiner Kategorien durch das Gesetz. Von diesen beiden Systemen konnte das erste für Preußen verständiger Weise nicht in Frage kommen, dagegen erschien die Wahl zwischen dem zweiten und dritten um so schwieriger, als es nicht unbestritten war, wem nach der bisherigen Gesetzgebung in Preußen das Recht die Enteignung auszusprechen zustand[56]).

[56]) Während Thiel: „Das Expropriationsrecht und das Expropriationsverfahren," Berlin 1866, S. 83 ff., für jeden Fall ein specielles Gesetz verlangte, hatte sich die Mehrzahl der Schriftsteller dahin ausgesprochen, daß nach Artikel 9 der Verfassung für diejenigen Fälle, für welche bereits allgemeine Gesetze die Zu-

Die Regierungsvorlage hatte den Grundsatz aufgestellt, daß die Entziehung und dauernde Beschränkung des Grundeigenthums durch königliche Verordnung erfolgen solle, und dieser Grundsatz ist in das vorliegende Gesetz übergegangen, nachdem über den betreffenden Punkt die eingehendsten Verhandlungen im Landtage stattgefunden hatten [57]).

Es ist nicht zu leugnen, daß eine gesetzliche Feststellung der Expropriationsfälle dem Grundgedanken des constitutionellen Staatsrechtes, „Regierung nach Gesetzen" und dem Geiste des Artikels 9 der Verfassung mehr entsprochen haben würde als die jetzige Bestimmung. Diese verlegt die Entscheidung thatsächlich in die Hände des Ressortministers, der fast immer geneigt sein wird die speciellen Interessen seines Ressorts schärfer in das Auge zu fassen als die Rechte des Privateigenthümers. Dem gegenüber fällt der Umstand, daß die fortschreitenden Bedürfnisse der Volkswirthschaft und des Verkehrs immer neue Expropriationsfälle erzeugen, nicht allzu schwer in das Gewicht; in dieser Beziehung läßt sich theils durch Abänderung des allgemeinen Enteignungsgesetzes, theils durch Specialgesetze, in dringenden Fällen durch provisorische Verordnungen nachhelfen. Schon schwerer wiegt das Argument, daß eine derartige gesetzliche Feststellung sich leicht in Allgemeinheiten verliert, welche doch wieder der Willkür der Verwaltung einen großen Spielraum lassen, obwohl ich auch dieses nicht als voll-

---

lässigkeit der Enteignung ausgesprochen hätten, eine königliche Verordnung genügte, daß dagegen in allen andern Fällen ein specielles Gesetz erforderlich wäre. Vergl. v. Rönne a. a. O. Bd. I. Abth. 2, S. 100, Anm. 1a; Lette Artikel: „Expropriationsgesetzgebung, insbesondere die preußische" in Rotteck und Welcker's Staatslexikon 3. Aufl. Bd. I. 207; S. Mein: „Recht der Expropriation," Leipzig 1868. S. 251 ff. (Grünhut: „Das Enteignungsrecht," Wien 1873, S. 96, hat uns mißverstanden, wenn er uns die Ansicht unterlegt, Artikel 9 der Verfassungsurkunde habe an den Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts Nichts geändert.) In der Praxis scheint man jedoch an dem unbeschränkten Fortbestehen des königlichen Enteignungsrechtes auch nach Erlaß der Verfassung festgehalten zu haben. Vergl. die Aeußerungen des Regierungscommissars Geh. Ober-Justizrath Herzbruch, der Herren Hasselbach und Graf zu Eulenburg in der Sitzung des Herrenhauses am 18. December 1868, Sten. Ber. S. 97, 98 und 100.

[57]) Vergl. die Verhandlungen in den Sitzungen des Herrenhauses vom 18. December 1868 und 19. November 1869 und die Commissionsberichte des Herrenhauses vom 16. November 1869, des Abgeordnetenhauses vom 29. Januar 1870, 4. März 1872 und 19. December 1873.

kommen durchschlagend anerkennen kann. Ich bin vielmehr überzeugt, daß, wenn man einen ernsthaften Versuch der gesetzlichen Feststellung der einzelnen Fälle gemacht hätte, man im Stande gewesen wäre die Kategorien weit mehr zu präcisiren, als dies in dem bayrischen Gesetze vom 17. November 1837, gegen welches sich die Einwürfe hauptsächlich richteten, geschehen ist.

Man muß indessen gestehen, daß die bisherige Praxis in Preußen, von sehr vereinzelten Fällen abgesehen, keine Unzuträglichkeiten im Gefolge gehabt hat; und, obwohl ich eine gesetzliche Feststellung der Enteignungsfälle für die befriedigendere Lösung gehalten haben würde, so scheinen doch auch mir gegen die Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes erhebliche praktische Bedenken nicht vorzuliegen.

Die königliche Verordnung, welche den Unternehmer und das Unternehmen, zu dem das Grundeigenthum in Anspruch genommen wird, zu bezeichnen hat und im Amtsblatt derjenigen Regierung bekannt zu machen ist, in deren Bezirk das Unternehmen ausgeführt werden soll, bedarf lediglich der Contrasignatur durch den betreffenden Ressortminister. Bei Berathung des Gesetzes im Abgeordnetenhause[58]) wurde allerdings die Frage angeregt, ob es nicht zweckmäßig sei nach Errichtung des obersten Verwaltungsgerichtshofes ein besonderes Gutachten desselben für jede Enteignung oder die Contrasignatur der betreffenden königlichen Verordnung durch das gesammte Staatsministerium oder doch wenigstens die Contrasignatur des Justizministers neben der des Ressortministers zu fordern. Es hat jedoch sowohl die Commission als das Abgeordnetenhaus diesen Vorschlägen seine Zustimmung nicht ertheilt: den beiden ersten deshalb nicht, weil das Verfahren dadurch sehr verlangsamt worden wäre, dem letzten nicht, weil man in der Betheiligung des Justizministers an der Contrasignatur eine besondere Garantie gegen den Mißbrauch des Enteignungsrechtes nicht zu finden vermochte und ihn nicht für die richtige Instanz hielt die dabei in Betracht kommenden, zum großen Theil technischen Fragen zu prüfen. — Ebenso wurde der Antrag abgelehnt die Regierung für verpflichtet zu erklären dem Landtage alljährlich ein Verzeichniß derjenigen Unternehmungen vorzulegen, welchen durch königliche Verordnung das Enteignungsrecht verliehen worden wäre[59]). Man ging dabei mit Recht von dem Ge-

[58]) Commissionsberichte vom 4. März 1872, § 2, vom 19. December 1873, § 2. Sitzung vom 27. April 1874 (Sten. Ber. S. 1254 ff.).

[59]) Sitzung vom 27. April 1874 (Sten. Ber. S. 1259).

...tspunkte aus, daß mit einer allgemeinen Uebersicht dieser Unternehmungen ohne speciellere Angaben wenig gedient sei, daß eine genauere Prüfung der einzelnen Fälle den Landtag mit einer zu großen Geschäftslast beladen und daß erhebliche Beschwerden über die Ertheilung von Enteignungsrechten doch unter allen Umständen zur Kenntniß der Landesvertretung gelangen würden.

Von dem allgemeinen Grundsatze, daß die Verleihung des Enteignungsrechtes durch Königliche Verordnung erfolge, giebt es jedoch einzelne Ausnahmen, insofern für gewisse Enteignungen allgemeine gesetzliche Normen bestehen, für andere an Stelle des Königs ein anderweites Organ des Staates tritt.

Gesetzliche Normen hat zunächst § 23 für Eisenbahnen aufgestellt. Die Vorschriften dieses Paragraphen haben eine doppelte Bedeutung. Einmal, wie sich aus der Entstehungsgeschichte desselben ergiebt, die, daß Eisenbahnunternehmer einen rechtlichen Anspruch auf Ertheilung des Enteignungsrechtes durch den König besitzen. Die ursprüngliche Regierungsvorlage enthielt nämlich über den betreffenden Gegenstand keine Bestimmungen, ging aber von der Ansicht aus, daß durch das neue Gesetz nur die §§ 11—19 des Gesetzes über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838, welche das Verfahren betrafen, nicht auch die §§ 8—10, welche den Anspruch der Gesellschaften auf das Enteignungsrecht und den materiellen Umfang desselben regelten, aufgehoben würden[60]). Da jedoch in der Commission des Herrenhauses hierüber Zweifel entstanden, so beantragte diese eine ausdrückliche Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen[61]). Auf Grund ihrer Anträge genehmigte das Herrenhaus folgenden Zusatzparagraphen:

„Die Bestimmungen der §§ 8, 9 und 10 des Gesetzes über die Eisenbahnunternehmungen vom 8. November 1838 bleiben in Kraft“[62]).

In diesem Wortlaut erschien der Paragraph in den folgenden Entwürfen wieder, bis ihm die Commission des Abgeordnetenhauses in der Session 1871/72 seine jetzige Stellung und nachstehende Fassung gab:

„Die Bestimmungen der §§ 8, 9 und 10 des Gesetzes über

---

[60]) Regierungsvorlage vom 2. November 1868, Motive zu § 52.

[61]) Commissionsbericht vom 14. December 1868 zu § 51 a.

[62]) Sitzung vom 18. December 1868, Sten. Ber. S. 112. — Vergl. auch Bd. II, Anlage Nr. 58, Entwurf eines Gesetzes über die Entziehung und Beschränkung des Grundeigenthums nach den Beschlüssen des Herrenhauses, § 54.

die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838, soweit sie den Umfang des Enteignungsrechtes betreffen, bleiben in Kraft."

In ihrem Berichte machte die Commission darauf aufmerksam, daß die betreffenden Paragraphen auch Bestimmungen über das Verfahren enthielten; „da es aber," heißt es weiter, „nicht in der Absicht liegt, für Eisenbahnen ein von den allgemeinen Grundsätzen abweichendes Verfahren beizubehalten, so wurde dem Entwurf eine Fassung gegeben, welche nach Ansicht der Commission dies außer Zweifel stellt"[63]). Es sprach übrigens die Commission den Wunsch aus, die beizubehaltenden Bestimmungen wörtlich in das Gesetz aufzunehmen. In Folge dessen versuchte die Regierungsvorlage vom 13. November 1873 eine specielle Formulirung der betreffenden Grundsätze, welche nur in ganz einzelnen Beziehungen von dem Gesetze über die Eisenbahnunternehmungen abwich und — von geringen Modificationen, die sie in den beiden Häusern des Landtages erfahren hat, abgesehen — in § 23 des gegenwärtigen Gesetzes übergegangen ist. Dieser § 23 hat also im Wesentlichen diejenigen Grundsätze reproduciren wollen, welche die §§ 8—10 des Gesetzes über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838 enthielten. Da aber der Eingang des § 8 dieses Gesetzes, welcher folgendermaßen lautet:

> „Für den Fall, daß über den Erwerb der für die Bahnanlage nothwendigen Grundstücke eine Einigung mit den Grundbesitzern nicht zu Stande kommt, wird der Gesellschaft das Recht der Expropriation, welchem auch die Nutzungsberechtigten unterworfen sind, verliehen,"

den Eisenbahnunternehmern unzweifelhaft ein Recht auf Enteignung gab, so muß ein solches auch nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes als fortdauernd anerkannt werden.

Durch § 23 ist aber außerdem auch der Umfang bestimmt worden, in welchem Eisenbahnunternehmer auf das Enteignungsrecht Anspruch haben. Letzteres erstreckt sich:

1. auf denjenigen Grund und Boden, welcher erforderlich ist zu der Bahn, zu den Bahnhöfen, zu den an der Bahn und an den Bahnhöfen behufs des Eisenbahnbetriebs zu errichtenden Gebäuden, zur Unterbringung der Erde, des Schuttes u. s. w. bei

---

[63]) Commissionsbericht vom 4. März 1872, zu § 24.

Abtragungen, Einschnitten und Tunnels, sowie zu allen sonstigen Anlagen, welche zu dem Behufe, damit die Bahn als eine öffentliche Straße zur allgemeinen Benutzung dienen könne, oder sonst in Folge der Bahnanlage im öffentlichen Interesse nothwendig werden. Dagegen besteht ein Enteignungsrecht nicht für solche Anlagen, welche nur das Privatinteresse des Unternehmers angehen, z. B. Waarenmagazine, Etablissements zur Herstellung des Betriebsmaterials und dergl.[64]);

2. auf die vorübergehende Benutzung fremder Grundstücke zur Einrichtung von Interimswegen, Werkplätzen und Arbeiterhütten;

3. auf das für die Herstellung von Aufträgen erforderliche Schüttungsmaterial. Solche Aufträge können sowohl bei der ursprünglichen Anlage der Eisenbahn, als auch später, z. B. wenn ein Eisenbahndamm versinkt, nothwendig werden; in allen diesen Fällen ist der Eisenbahnunternehmer in der Lage das erforderliche Material im Wege der Enteignung zu erwerben. Wenn es sich dagegen nicht um eigentliche Aufträge, sondern nur um laufende Unterhaltung, z. B. das Stopfen der Schienen handelt, so besteht kein Enteignungsrecht[65]). Ob der erste oder der zweite

---

[64]) Die Regierungsvorlage vom 13. November 1873 hatte als der Enteignung unterliegend unter Nr. 1 „die Grundflächen, welche zur Bahn, zu den Bahnhöfen und zu den an der Bahn und an den Bahnhöfen behufs des Eisenbahnbetriebes zu errichtenden Gebäuden und sonstigen Anlagen erforderlich sind," und außerdem unter Nr. 4 „den Grund und Boden für alle sonstigen Anlagen, welche zu dem Behufe, damit die Bahn als öffentliche Straße zur allgemeinen Benutzung dienen könne, nöthig oder in Folge der Bahnanlage im öffentlichen Interesse erforderlich sind," aufgeführt. Der Umstand, daß außer den im öffentlichen Interesse für erforderlich erachteten Anlagen in Nr. 4 noch sonstige Anlagen in Nr. 1 erwähnt waren, erregte im Abgeordnetenhause Zweifel, ob etwa unter den sonstigen Anlagen in Nr. 1 auch industrielle Etablissements zur Herstellung von Betriebsmaterial verstanden werden könnten (vgl. die Aeußerungen der Abgeordneten Berger, Hammacher und Windthorst, Sten. Ber. S. 1283 und 84). Mit Rücksicht auf diese Bedenken beantragte die Commission des Herrenhauses die Streichung der Worte „und sonstige Anlagen" in Nr. 1 (Commissionsbericht vom 13. Mai 1874, zu § 23), ein Antrag, den das Herrenhaus annahm (Sitzung vom 18. Mai 1874, Sten. Ber. S. 383 und 84).

[65]) Die Commission des Herrenhauses hatte im Eingang des § 23: „Das Enteignungsrecht bei der Anlage von Eisenbahnen" hinter „Anlage" die Worte „und Unterhaltung" eingeschoben und motivirte dies folgendermaßen: „Zwar wurde

Fall vorliegt, ist wesentlich eine Thatfrage, welche sich nur nach den

---

allseitig — auch Seitens der Herren Regierungscommissarien — als unzweifelhaft anerkannt, daß, so weit es sich um den Grund und Boden für die Bahnanlage, die Anlegung neuer Bahnstrecken, die Vergrößerung der Bahnhöfe u. s. w. handle, eine Expropriation auch nach der jetzigen Fassung der Vorlage unzweifelhaft zulässig sein werde. Dagegen wurde bestritten, daß ein Gleiches auch hinsichtlich des Schüttungsmaterials zur Unterhaltung der Bahn der Fall sei, namentlich für Kies, der dauernd in größerem Maße gebraucht werde, sowie für Erdmaterial überhaupt, wenn z. B. ein Eisenbahndamm versinkt, wobei eine große Masse Erde nöthig werden könne, welche auf weite Strecken zu holen fast unausführbar sei. Das Expropriationsrecht der Eisenbahnen aber auf solche Fälle auszudehnen, sei um so gerechtfertigter, als nach der Vorlage stets Entschädigung gewährt werden solle, was bisher nicht immer der Fall gewesen sei." Hierauf wurde entgegnet: „Die angeführten Fälle des Bedürfnisses anlangend, so sei es unzweifelhaft, daß wenn etwa ein Eisenbahndamm versinken sollte und in Folge dessen der Auftrag hergestellt werden müsse, die Expropriation des erforderlichen Schüttungsmaterials nach Nr. 4 der Commissionsvorschläge zulässig sei. Es handele sich daher in der That nur noch um den Kies für die laufende Unterhaltung, das Stopfen der Schienen u. s. w. Kies sei aber in vielen Gegenden bereits zu einer werthvollen Handelswaare geworden, bei deren Erwerbung die freie Concurrenz auszuschließen kein Grund vorzuliegen scheine. Denn was sei der Grund der Verleihung des Enteignungsrechtes? Das öffentliche Interesse. Ob aber zur laufenden Unterhaltung der Eisenbahn der Kies mehr oder weniger theuer bezahlt werden müsse, das sei keine Frage des öffentlichen Interesses, sondern des Privatinteresses der Actionaire, mithin erscheine das Enteignungsrecht hier nicht gerechtfertigt." — Die Majorität der Commission theilte indessen diese Auffassung nicht und nahm von den beiden in ihrem Sinne gestellten Anträgen mit 8 gegen 3 Stimmen den an, im Eingange des § 23 die Worte einzuschalten: „und Unterhaltung," nachdem der zweite Antrag die Nr. 4 so zu fassen: „4) auf das für die Herstellung von Aufträgen und die laufende Unterhaltung des Oberbaues erforderliche Schüttungsmaterial" mit überwiegender Majorität verworfen war (Bericht vom 13. Mai 1874, zu § 23). In der Sitzung des Herrenhauses am 18. Mai 1874 wurden zu dem betreffenden Paragraphen zwei Amendements gestellt: eins von Wilckens, welches die Worte „und Unterhaltung" im Eingange gestrichen und dafür Nr. 4 in der von der Commission abgelehnten Fassung aufgenommen wissen wollte, ein anderes vom Grafen Udo zu Stolberg-Wernigerode, welcher einfach die Worte „und Unterhaltung" zu streichen beantragte. Das erste Amendement hatte nach der eigenen Auffassung des Antragstellers nur redactionelle Bedeutung (Sten. Ber. S. 382), der Graf zu Stolberg dagegen begründete das seinige folgendermaßen: „Ich möchte gerade der Eisenbahn das Recht für die fortlaufende Unterhaltung zu expropriiren nicht geben. Es kann ja Fälle geben, in denen eine Expropriation nothwendig ist, z. B. wenn ein Eisenbahndamm versinken sollte. Ich glaube, daß für solche Fälle bereits nach § 4, wenn auch nicht eine Expropriation, doch eine vorübergehende Beschränkung zur Entnahme von Kies und dergleichen zu Gunsten

concreten Verhältnissen beurtheilen läßt. — Unter dem erwähnten Schüttungsmaterial ist Kies zweifellos mit einbegriffen[66]).

Gesetzliche Bestimmungen sind ferner über das Recht der Entnahme von Wegebaumaterialien durch die §§ 50—53 des Gesetzes gegeben. Diese muß sich der Eigenthümer „nach Anordnung der Behörde" gefallen lassen, vorausgesetzt, daß:

1. er sie nicht selbst gebraucht, und
2. der Wegebaupflichtige sie nicht in brauchbarer Beschaffenheit und angemessener Nähe auf eigenen Grundstücken fördern kann.

Die erwähnte Anordnung der Behörde hat hier nicht die Bedeutung, daß diese das Enteignungsrecht ertheilen oder verweigern könnte; sie soll nur prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen desselben vorhanden sind, und die näheren Modalitäten der Ausführung regeln.

Statt des Königs sind die Bezirksregierungen bez. Landdrosteien für befugt erklärt worden die Enteignung auszusprechen bei Geradelegung oder Erweiterung öffentlicher Wege und bei Umwandlung von Privatwegen in öffentliche, vorausgesetzt, daß das dafür in Anspruch genommene Grundeigenthum außerhalb der Städte und Dörfer belegen und nicht mit Gebäuden besetzt ist (§ 3). Da die Regierungsverfügung für diese Zwecke vollständig die königliche Verordnung ersetzen soll, so ergiebt sich, daß die Regierung keineswegs verpflichtet

---

der Bahn zulässig sein würde. Es handelt sich in der That hauptsächlich um die Frage: soll die Eisenbahn berechtigt sein, zur Unterhaltung ihres Dammes überall da, wo sie will, Kies und anderes Material zu expropriiren oder nicht? Nach meiner Ansicht ist dies nicht nothwendig" (Sten. Ber. a. a. O.). Das Herrenhaus nahm das Amendement des Grafen zu Stolberg an, während es das des Herrn Wildens ablehnte (Sten. Ber. S. 383 und 384). — Mit Rücksicht auf diese Verhandlungen muß man es als die Absicht des Gesetzgebers betrachten, daß beim Versinken eines Dammes der Eisenbahn das Recht der Enteignung zustehen soll, wie man denn auch unzweifelhaft die Erneuerung eines versunkenen Dammes als „Herstellung eines Auftrages" bezeichnen kann. Die entgegenstehenden Ausführungen von Dalcke: „Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum vom 11. Juni 1874." Berlin 1874. Anm. 52 S. 98, sind nicht überzeugend.

[66]) Das Abgeordnetenhaus hatte in dritter Lesung einen Beschluß gefaßt, nach welchem Kies, der mehr als 10 pCt. Kalk enthielte, von der Enteignung ausgeschlossen sein sollte (Sitzung am 4. Mai 1874, Sten. Ber. S. 1511—12). Die Commission des Herrenhauses strich jedoch diese Bestimmung (Commissionsbericht vom 13. Mai 1874, §. 23), was vom Plenum genehmigt wurde (Sitzung vom 18. Mai 1874, Sten. Ber. S. 383 u. 384).

ist für alle Wegebauten das Enteignungsrecht zu ertheilen, daß sie vie
mehr stets pflichtmäßig zu prüfen hat, ob die Verleihung desselben i
dem speciellen Falle zur Ausführung des Unternehmens als nothwend
erscheint.

Für vorübergehende Beschränkungen des Grundeigenthum
wird ebenfalls keine königliche Verordnung, sondern nur ein
Regierungsverfügung erfordert; es dürfen jedoch derartige Be
schränkungen wider den Willen des Grundeigenthümers die Dauer vo
drei Jahren nicht überschreiten und die Beschaffenheit des Grundstücke
nicht wesentlich oder dauernd verändern (§ 4). Endlich haben die Be
zirksregierungen nach näherer Bestimmung des § 5 die Befugniß di
Erlaubniß zur Vornahme von Vorarbeiten zu ertheilen.

An Stelle der Bezirksregierung tritt im Geltungsbereiche de
Kreisordnung vom 13. December 1872 und in den hohenzollernsche
Landen das Verwaltungsgericht, welches bei den angeführte
Wegebauexpropriationen zunächst ein Gutachten des Kreisausschusses, in den Stadtkreisen des Magistrates, in den hohenzollernschen Landen des Amtsausschusses einzuziehen hat, so weit es das Recht die Erlaubniß zu Vorarbeiten zu ertheilen betrifft, der Regierungpräsident (§ 56). In den Fällen der §§ 3 und 4 des Gesetzes steht gegen den Beschluß der Regierung jedem Betheiligten der Recurs an die vorgesetzte Ministerialinstanz offen. Gegen die Entscheidungen des Verwaltungsgerichtes würde nach der allgemeinen Lage unserer Gesetzgebung ein solcher Recurs nicht stattfinden, nach der Absicht des vorliegenden Gesetzes soll er jedoch in Bezug auf alle diejenigen Punkte zulässig sein, hinsichtlich deren er in dem Gesetze ausdrücklich vorbehalten ist[67]). Unter diesen Gesichtspunkt fällt außer den §§ 3 und 4 namentlich noch der § 22 und § 34.

4

Zweck der Enteignung ist ein dingliches Recht aus dem Vermögen eines Rechtssubjectes in das eines andern überzuführen. — Es kommen dabei überhaupt drei Rechtssubjecte in Betracht:

[67]) Dies ist als die Meinung der Gesetzgebungsfactoren constatirt in der Sitzung des Abgeordnetenhauses vom 30. April 1874. Vergl. die Aeußerungen des Handelsministers Dr. Achenbach und des Abgeordneten Dr. Lasker. Sten. Ber. S. 1337—39.

1. dasjenige Rechtssubject, welches die Enteignung anordnet, d. h. den Anspruch auf Erwerb des dinglichen Rechtes ertheilt und die Pflicht dasselbe sich entziehen zu lassen auferlegt;
2. dasjenige Rechtssubject, welches das in Frage stehende dingliche Recht erwerben soll, der Expropriant, nach dem Sprachgebrauch des preußischen Gesetzes der Unternehmer;
3. der jetzige Inhaber des dinglichen Rechtes, welchem dasselbe entzogen werden soll, der Expropriat.

Es ist vollkommen unbestritten, daß die Befugniß zur Ertheilung des Enteignungsrechtes nur der Staat besitzt.

Als Expropriant (Unternehmer) treten dagegen bald der Staat, bald ein als Theil des Staates erscheinendes Gemeinwesen (Provinz, Kreis, Gemeinde), bald Privatcorporationen und einzelne Private auf. Von den bisherigen Schriftstellern ist mit ziemlicher Einstimmigkeit angenommen worden, daß diese Personen oder Corporationen einen directen und unmittelbaren Anspruch auf den Erwerb aller derjenigen Rechte besitzen, welche zur Realisirung des betreffenden Unternehmens erforderlich sind[68]). Dieser Ansicht ist in neuerer Zeit Grünhut[69]) mit großer Entschiedenheit entgegen getreten. Nach ihm erscheint der Staat als alleiniges Subject des Enteignungsrechtes und bleibt dasselbe auch dann, wenn Privatgesellschaften, Actiengesellschaften und einzelne Private 'eintreten. Das Grundstück werde, so meint er, den Privatpersonen nicht in das freie Eigenthum übertragen, es dürfe nur mit Bewilligung der Staatsgewalt, niemals durch den bloßen Willen der Privaten der einmal bestehenden öffentlichen Bestimmung wieder entkleidet werden. Der Staat erwerbe das Grundstück, er werde zunächst Eigenthümer desselben; und wenn die enteigneten Grundstücke bei manchen öffentlichen Unternehmungen in das Eigenthum von Privatpersonen übergingen, so könne dieser Uebergang de publico ad privatum nur auf dem Wege des mittelbaren Erwerbes von Seiten des eigentlichen Subjectes des Enteignungsrechtes bewirkt werden. Deshalb nehme denn auch der Staat die der Enteignung inhärirende Pflicht auf sich die Entschädigung zu leisten. An dieser Rechtslage werde durchaus Nichts dadurch geändert, daß die Ausführung des öffentlichen Werkes Privatpersonen übertragen werde. Gegen-

[68]) Vergl. mein Recht der Expropriation S. 261 und die daselbst Anm. 2 Angeführten.

[69]) Das Enteignungsrecht S. 78 ff. und 97 ff.

über dem Enteigneten bilde das zwischen der Verwaltung und den Privatpersonen (Concessionären) getroffene Uebereinkommen eine res inter alios acta. Die Aufopferung des Privateigenthums werde im Namen der Verwaltung beansprucht, deshalb hafte diese dafür, daß für das auferlegte Opfer das gesetzliche Aequivalent geleistet werde. Für die Erfüllung dieser Leistung könne allerdings die Verwaltung jene Privatpersonen (Concessionäre) delegiren, sie könne aber durch eine solche Substituirung eines andern Schuldners nicht einseitig ihre Verpflichtung abschütteln.

Grünhut bezeichnet bei diesen Auseinandersetzungen den Staat als „Subject des Enteignungsrechtes.“ Dabei übersieht er aber, daß bei der Enteignung nicht bloß ein, sondern — vom Expropriaten abgesehen — zwei Subjecte in Betracht kommen: dasjenige, welches die Enteignung ausspricht, und dasjenige, zu dessen Gunsten sie ausgesprochen wird. Beide können zusammenfallen, brauchen es aber nicht. Die Behauptungen, daß die mit Expropriationsrecht bekleidete Privatperson oder Privatcorporation das Eigenthum nur durch Vermittlung des Staates erwerbe und daß der Staat auch bei Expropriationen zu Gunsten eines Privatunternehmens für die richtige Zahlung der Entschädigung hafte, widersprechen den klaren Bestimmungen aller neueren Expropriationsgesetze[70]). Das Eigenthum geht nach diesen direct auf den Exproprianten über, zur Leistung der Entschädigung ist nur dieser verpflichtet. Die Sicherung für den Expropriaten liegt nicht in einer Haftpflicht des Staates, sondern darin, daß der Eigenthumsübergang erst nach Zahlung der Entschädigung oder wenigstens Bestellung einer Caution erfolgt. Und wenn endlich der enteignete Gegenstand nach vielen Gesetzen nur zu dem öffentlichen Zwecke verwandt werden darf, der Expropriat daher, wenn dies nicht der Fall ist, ein Recht auf Rückerwerb besitzt, so folgt daraus doch keineswegs, daß der Expropriant überhaupt kein Eigenthumsrecht an der Sache habe; die betreffenden Bestimmungen stellen vielmehr nur einen gesetzlichen Beendigungsgrund dieses Eigenthums auf.

---

[70]) Auch aus Art. 63 des französischen Gesetzes vom 3. Mai 1841, auf den sich Grünhut vorzugsweise beruft, läßt sich für seine Ansicht Nichts herleiten. Derselbe bezweckt nur den Concessionären hinsichtlich ihrer Rechte und Pflichten eine der Verwaltung durchaus analoge Stellung einzuräumen. Er lautet, wie folgt: „Les concessionaires des travaux publics exerceront tous les droits conférés à l'administration et seront soumis à toutes les obligations, qui lui sont imposées par la présente loi.“

Was speciell die Stellung des preußischen Gesetzes zu der hier angeregten Frage betrifft, so kann es nicht zweifelhaft sein, daß nach der Auffassung desselben der Privatunternehmer als der Inhaber des Enteignungsrechtes anzusehen ist. In unzweideutiger Weise sprechen dies die Motive zu § 2 der Regierungsvorlage aus. Es heißt daselbst: „Das Recht Zwangsabtretungen zum allgemeinen Wohl zu fordern ist zwar nach §§ 74 und 75 Einleitung zum Allgemeinen Landrecht, § 4, Tit. 11, Th. I. und § 29, Tit. 8, Th. I. des Allgemeinen Landrechts ein Vorrecht des Staates; dasselbe kann aber nach § 30, Tit. 8, Th. I. des Allgemeinen Landrechts und den in judicando festgestellten Grundsätzen — Erkenntniß des Obertribunals vom 7. Januar 1831, Simon: „Rechtssprüche," Band 3 S. 225 — auch an Privatpersonen abgetreten werden. Dieser Grundsatz hat seine Anerkennung durch das Eisenbahngesetz vom 3. November 1838 gefunden und ist auch in dem in dem Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Cöln geltenden Gesetze vom 16. September 1807, betreffend die Austrocknung der Sümpfe, adoptirt. Da der Staat demnach nicht immer als der Unternehmer erscheint, der Umfang, in welchem das Recht ausgeübt werden kann, aber von der Art des Unternehmens abhängt und es für die betheiligten Grundbesitzer sowohl wegen ihrer Rechte auf Entschädigung als ihrer etwaigen Einwendungen gegen die Anwendung der Allerhöchsten Ordre auf ihre Grundstücke von Wichtigkeit ist sowohl den Unternehmer als den Zweck kennen zu lernen, zu welchem das Privateigenthum in Anspruch genommen wird, so erscheint es nothwendig sowohl den Unternehmer als das Unternehmen in der Allerhöchsten Ordre zu bezeichnen" [71]). Dieser Auffassung entsprechen auch die übrigen Bestimmungen des preußischen Gesetzes. Nach § 44 geht mit Zustellung des Enteignungsbeschlusses das Eigenthum des enteigneten Grundstückes auf den Unternehmer über. § 7 bestimmt: „Die Pflicht der Entschädigung liegt dem Unternehmer ob." Rückforderungsrechte des Expropriaten giebt es nach § 57 überhaupt nicht, nicht einmal für den Fall, daß das Unternehmen nicht zu Stande kommt.

Expropriat kann jede physische oder juristische Person sein, welche auf dem Gebiete des Staates Grundeigenthum oder ding-

[71]) Regierungsvorlagen vom 2. November 1868, vom 8. October 1869 und 1. Mai 1871.

liche Rechte an fremden Grundstücken besitzt, die mit der Realisirung des betreffenden Unternehmens nicht vereinbar sind. Unter diesen kommt in erster Linie der Eigenthümer des fraglichen Grundstückes in Betracht. Das preußische Gesetz stellt — abgesehen von den wenigen Paragraphen, in denen es von den dritten Berechtigten handelt — dem „Unternehmer“ stets den „Eigenthümer“ gegenüber. Auch in den folgenden Erörterungen soll zunächst wesentlich das Verhältniß des Eigenthümers zum Exproprianten in das Auge gefaßt und erst später auf die anderweiten Berechtigten näher eingegangen werden.

Auch der Staat kann unter Umständen als Expropriat erscheinen. Daß er hinsichtlich seines Eigenthums der Enteignung nicht principiell entzogen ist, darf als ein ziemlich unbestrittener Grundsatz bezeichnet werden; Zweifel entstehen nur darüber, wie weit seine Verpflichtung sich der Enteignung zu unterwerfen reicht. In dieser Beziehung hat neuerdings Grünhut[73]) einen beachtenswerthen Unterschied aufgestellt zwischen öffentlichem Gut, d. h. den im Eigenthum des Staates befindlichen Sachen, welche zum öffentlichen Gebrauche bestimmt sind, z. B. Land- und Heerstraßen, Festungswerke, Gebäude für öffentliche Anstalten und Behörden, und Staatsgut, d. h. solchen Objecten, welche der Staat ähnlich wie der Private besitzt, deren Einkünfte in den Staatsschatz gelangen und welche nicht außerhalb des Verkehrs, sondern in patrimonio fisci stehen, z. B. Bergwerke, Gebäude, Landgüter, Hüttenwerke, Domänen. Das Staatsgut unterliegt nach ihm der Enteignung, da der Staat in Bezug auf dieses als Privatmann angesehen wird. Das öffentliche Gut dagegen dient dem allgemeinen Interesse und kann daher nicht enteignet werden. Bei ihm handelt es sich höchstens um eine Ueberweisung zu einem andern Zwecke, welche durch eine einfache Verfügung der Verwaltungsbehörde erfolgen kann. „Auch wenn ein solches öffentliches Gut einer concessionirten Privatgesellschaft überlassen wird, heißt es weiter, so entsteht an demselben durchaus kein Privatrecht; es ist und bleibt extra commercium; es wird auch später noch im Namen und mit den Rechten des Staates besessen, in was immer für Hände es übergegangen sein mag, wie immer die Art und Weise beschaffen sei, in der dem öffentlichen Interesse gedient werden soll. Wenn daher eine Eisenbahn über eine öffentliche Straße u. s. w. führt, so ist eine Enteignung dieses Theiles des

[73]) a. a. O. S. 75 ff.

öffentlichen Gutes weder nothwendig, noch möglich, auch dann nicht, wenn die Eisenbahn sich in den Händen einer concessionirten Privatgesellschaft befindet; diese ist nur berechtigt den Theil des öffentlichen Gutes, welchen sie nothwendig braucht, zu benutzen, dieser Theil dient nunmehr dem öffentlichen Gebrauche in einer doppelten Weise, wie er früher nur in einer einfachen Weise das öffentliche Interesse befriedigt hat."

Diese Ausführungen sind jedoch nur theilweise als richtig anzuerkennen. Richtig ist unzweifelhaft, daß diejenigen Gegenstände, welche Grünhut als Staatsgut bezeichnet, der Enteignung unbedingt unterliegen. Richtig ist ferner, daß solche dem öffentlichen Gebrauche bestimmten Gegenstände, welche sich im Vermögen des Staates befinden, durch eine einfache Verfügung einem andern Zwecke überwiesen werden können. Dagegen reichen den Gemeinden, Privatgesellschaften und einzelnen Privaten gegenüber Grünhut's Gesichtspunkte nicht aus. Die Ueberweisung einer Sache zu doppeltem Gebrauche kann nur stattfinden, wenn beide Zwecke vollkommen vereinbar sind. Der Fall von Eisenbahn und Straße paßt vollkommen, wenn es sich nur darum handelt die Eisenbahn an einer einzelnen Stelle quer über die Straße zu leiten. Es kann aber auch vorkommen, daß die beiden Zwecke nicht vereinigt werden können, so z. B. wenn eine Eisenbahn der Länge nach, vielleicht in bedeutender Ausdehnung, über eine Landstraße geführt werden muß. In diesem Falle darf keineswegs der bereits früher dem öffentlichen Zweck dienende Gegenstand unbedingt von der Enteignung ausgenommen werden. Einmal fehlt es für eine derartige Ausnahme, namentlich auch in Preußen, an jeder gesetzlichen Grundlage, sodann würde ein solches Verfahren die Staatsinteressen unter Umständen auf das schwerste schädigen. Hier kann offenbar, da auch mit allgemeinen Regeln wenig gedient ist, nur das pflichtmäßige Ermessen der Behörde — in Preußen der Regierung oder des Verwaltungsgerichtes — im einzelnen Falle entscheiden. Es ist dabei vor allen Dingen zu berücksichtigen, welche der beiden Unternehmungen die wichtigere und welche am leichtesten an einer anderen Stelle zu realisiren ist. Aber es kann unzweifelhaft vorkommen, daß z. B. eine Landstraße zum Zweck einer Eisenbahnanlage, ein Stück Eisenbahn für die Errichtung eines Festungswerks enteignet werden muß[78]).

---

[78]) Gegen Grünhut erklärt sich auch Dalcke a. a. O. Anm. 1, S. 36.

5.

Die Enteignung hat eine staatsrechtliche und eine privatrechtliche Seite. Die Grundlagen des Enteignungsrechtes sind staatsrechtlicher Natur; es werden aber durch jede Enteignung privatrechtliche Verhältnisse zwischen dem Exproprianten und Expropriaten begründet. Staatsrechtlich ist die allgemeine Pflicht der Staatsangehörigen sich die Enteignung gefallen zu lassen; staatsrechtlich sind die Grundsätze, welche über die Ertheilung des Expropriationsrechtes im einzelnen Falle bestehen; staatsrechtlich ist derjenige Act, welcher die zu enteignenden Objecte für das specielle Unternehmen feststellt. Eine privatrechtliche Seite hat die Enteignung dagegen insofern, als es sich bei derselben um den Erwerb von Eigenthum und andern dinglichen Rechten für den Exproprianten handelt und insofern, als diesem die Pflicht zur Entschädigung des Expropriaten obliegt[74]).

Die Frage über das Wesen des zwischen dem Exproprianten und dem Expropriaten bestehenden Privatrechtsverhältnisses und die weitere sich daran knüpfende Frage über die Perfektion desselben sind wohl der bestrittenste und schwierigste Punkt in der ganzen Enteignungslehre[75]).

[74]) Es ist häufig, namentlich auch wieder in neuerer Zeit, die Behauptung aufgestellt worden, daß die Expropriation rein staatsrechtlicher Natur sei und dem bürgerlichen Rechte überhaupt nicht angehöre (H. A. Zachariae in den göttinger gelehrten Anzeigen, Jahrg. 1861, Bd. I, S. 113 ff.; L. Stein, Die Verwaltungslehre, Th. VII, S. 324; Seydel, Grundzüge der allgemeinen Staatslehre, S. 54 ff.; Grünhut a. a. O. S. 178 ff.). Man geht dabei gewöhnlich von der irrigen Annahme aus, daß ein Rechtsverhältniß stets nur entweder rein staatsrechtlicher oder rein privatrechtlicher Natur sein könne. Aber es giebt auch außer der Expropriation Rechtsinstitute, welche beiden Gebieten angehören; beispielsweise sei nur an die Regalien erinnert. Man darf nicht außer Auge verlieren, daß nach den Grundsätzen unseres Rechtes ja auch der Staat in Bezug auf den Erwerb und Verlust von Privatrechten und in Bezug auf die vermögensrechtlichen Ansprüche, welche Einzelnen ihm gegenüber zustehen, als Privatmann behandelt wird. Bei der Enteignung ist es zudem nicht einmal nothwendig der Staat, welcher als Erwerber der dinglichen Rechte und Subject der Entschädigungspflicht auftritt. Gänzlich unzulässig erscheint es, wenn Seydel a. a. O. sich auf die Analogie der Steuern beruft. Steuern erhebt nur der Staat für sich, nicht auch Private kraft seiner Ermächtigung; bei den Steuern ist der Staat nur berechtigt, der Private nur verpflichtet, bei der Enteignung dagegen beide sowohl berechtigt als verpflichtet. — Daß die Enteignung eine privatrechtliche Seite habe, hebt übrigens auch Laband: Die rechtliche Natur des Retracts und der Expropriation, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. LII, S. 179 u. 182, hervor.

[75]) Die Lage des Streites ist in Kurzem folgende: Die älteren Schriftsteller

Wegen der vielfachen Zweifel und Streitigkeiten, welche in dieser Beziehung bestehen, ist es sehr anerkennenswerth, daß das preußische

haben die Enteignung meist als einen erzwungenen Kauf aufgefaßt (vgl. die in meinem Recht der Expropriation S. 184, Anm. 1 Citirten), während sich alle neueren, mit alleiniger Ausnahme von Dalcke (a. a. O. Anm. 107, S. 130) dagegen erklären. (Mein Recht der Expropriation S. 184 ff.; Laband a. a. O. S. 171 ff.; Stein a. a. O. S. 324; Grünhut a. a. O. S. 178; Roesler, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, § 195.) In meinem Rechte der Expropriation (a. a. O.) habe ich der älteren Auffassung die Ansicht gegenübergestellt, daß die Erwerbung des dinglichen Rechtes, welche als Zweck der Expropriation erscheint, durch ein zweiseitiges obligatorisches Rechtsverhältniß quasi ex contractu vermittelt wird, als dessen Typus der Kauf erscheint. Dem ist nun in neuerer Zeit wieder Laband a. a. O. S. 175 ff., dem sich im Wesentlichen Grünhut a. a. O. S. 178 ff. angeschlossen hat, entgegengetreten. Nach ihm erfolgt der Eigenthumsübergang unmittelbar durch Gesetz, ohne daß es dabei einer Vermittelung durch ein vorhergehendes obligatorisches Rechtsverhältniß bedürfe; dagegen reiht sich die Verpflichtung des Exproprianten den Expropriaten zu entschädigen, den quasi-contractlichen oder gesetzlichen Obligationen völlig ein und kann nach Analogie der Verbindlichkeiten eines Käufers beurtheilt werden. — Auf eine ausführliche Erörterung über die Streitfrage kann ich mich an diesem Orte leider nicht einlassen; ich beschränke mich daher auf folgende kurze Bemerkungen. Es ist zuzugeben, daß nach vielen Enteignungsgesetzen, so z. B. nach dem vorliegenden preußischen — übrigens keineswegs nach allen — eine Tradition Seitens des Expropriaten, also eine Leistung desselben, nicht erfordert wird, von einer Obligation daher nicht die Rede sein kann. Aber zweifellos besteht bereits vor dem Erwerbe des dinglichen Rechtes ein Anspruch des Exproprianten auf dasselbe, und dem Anspruche correspondirt eine Entschädigungspflicht. Dieses dem Eigenthums- oder sonstigem Rechtserwerbe vorausgehende Verhältniß ignorirt Laband vollständig. Und doch ist gerade die Bestimmung der Perfection dieses Verhältnisses, d. h. die Feststellung desjenigen Zeitpunktes, in welchem beide Theile definitiv gebunden sind, der praktische Kern der ganzen Frage. Nur einmal streift er an den Gegenstand an, wenn er nämlich S. 181 sagt: „Zeitlich geht die Zahlung gewöhnlich der Entziehung des Eigenthums voraus; logisch ist die Enteignung das Frühere, die Verpflichtung zur Schadloshaltung erst die Consequenz davon." Aber diese „logische" Construction ist weder geeignet einen Maßstab für die Entscheidung der betreffenden Rechtsfragen an die Hand zu geben, noch entspricht sie der thatsächlichen Lage unserer Gesetzgebungen. Nach diesen ist die Zahlung der Entschädigung keine Consequenz, sondern eine Voraussetzung des Eigenthumsüberganges. — Grünhut a. a. O. S. 187 ff. hat die Frage behandelt und als Moment der Perfection den Zeitpunkt bezeichnet, in welchem sich der Enteignete entweder dem Enteignungsantrage ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen oder die Rechtsmittel gegen den Enteignungsausspruch verbraucht hat. Er motivirt dies dadurch, daß er sagt: in der Person des Eigenthümers oder dinglich Berechtigten sei nunmehr der die Enteignung charakterisirende Wechsel vor sich gegangen, an die

Gesetz über diese Fragen durchaus klare und unzweideutige Bestimmungen aufgestellt hat.

Für die bei der Enteignung entstehenden Rechte und Pflichten sind drei Akte von besonderer Wichtigkeit:

1. die Entscheidung über die Gegenstände der Enteignung durch Beschluß der Regierung oder des Verwaltungsgerichtes, gegen welchen der Recurs an die vorgesetzte Ministerialinstanz offen steht. In diesem Beschlusse ist zugleich die Zeit zu bestimmen, innerhalb deren längstens vom Enteignungsrechte Gebrauch gemacht werden muß, vorausgesetzt, daß dies nicht bereits die königliche Verordnung gethan hat (§ 21);
2. die Feststellung der Entschädigung durch Beschluß der Regierung oder des Verwaltungsgerichtes, wogegen die Beschreitung des Rechtsweges nachgelassen ist (§ 29);
3. die Vollziehung der Enteignung nach stattgehabter Zahlung oder Hinterlegung der Entschädigung, ebenfalls durch Beschluß der Regierung oder des Verwaltungsgerichtes (§ 32).

Ueber die zwischen Expropriaten und Expropriaten in dieser Zeit bestehenden Rechtsverhältnisse bestimmt § 42 des Gesetzes Folgendes:

„Wenn der Unternehmer von dem ihm verliehenen Enteignungsrechte nicht binnen der in § 21 gedachten Zeit Gebrauch macht oder von dem Unternehmen zurücktritt, bevor die Festsetzung der Entschädigung durch Beschluß der Regierung erfolgt ist, so erlischt jenes Recht. Der Unternehmer haftet in diesem Falle dem Entschädigungsberechtigten im Rechtswege für die Nachtheile, welche demselben durch das Enteignungsverfahren erwachsen sind.

Tritt der Unternehmer zurück, nachdem bereits die Feststellung der Entschädigung durch Beschluß der Regierung erfolgt ist, so hat der Eigenthümer die Wahl, ob er lediglich Ersatz für die Nachtheile, welche ihm durch das Enteignungsverfahren erwachsen sind, oder Zahlung der festgestellten Entschädigung gegen Abtretung des Grundstückes, geeignetenfalls nach vorgängiger Durch-

Stelle des Privaten sei der Staat oder ein organischer Theil des Staates getreten. Aber in dem Momente, wo durch den Enteignungsausspruch die Objecte der Enteignung festgestellt sind, findet noch kein Eigenthumsübergang statt; dieser erfolgt vielmehr erst nach der Feststellung und Zahlung der Entschädigung.

führung des im § 30 gedachten Proceßverfahrens, im Rechtswege beanspruchen will."

Nach Maßgabe dieser Vorschriften sind die verschiedenen Stadien des Enteignungsverfahrens folgendermaßen zu unterscheiden.

Vor Feststellung der Objecte besitzt der Unternehmer zwar ein allgemeines Recht auf Enteignung, aber keinen Anspruch auf specielle Gegenstände. Er kann jeden Augenblick von dem Unternehmen und von dem Enteignungsantrage zurücktreten, ist jedoch in diesem Falle verpflichtet alle diejenigen Personen, welchen durch das Enteignungsverfahren Nachtheile erwachsen sind, dafür zu entschädigen.

Durch die Bestimmung der Gegenstände der Enteignung erwirbt der Unternehmer einen speciellen Anspruch auf dieselben. Dieser Anspruch wird existent in demjenigen Momente, in welchem entweder nach Ablauf der Recursfrist von zehn Tagen der Beschluß der Regierung oder des Verwaltungsgerichtes die Rechtskraft beschritten oder in welchem die definitive Feststellung der betreffenden Objecte durch die Ministerialinstanz stattgefunden hat. Das Recht des Unternehmers ist jedoch an zwei Voraussetzungen geknüpft:

1. Es muß zum Zweck der Durchführung desjenigen Unternehmens ausgeübt werden, für welches das Enteignungsrecht überhaupt verliehen ist. Tritt der Unternehmer von diesem zurück, so erlischt auch sein Enteignungsrecht.
2. Es muß von demselben innerhalb derjenigen Zeit Gebrauch gemacht werden, welche in dem betreffenden Beschlusse der Regierung oder des Verwaltungsgerichtes festgesetzt ist.

In letzterer Beziehung entsteht die Frage, was das „Gebrauch machen von dem Enteignungsrechte" bedeutet. Nach der Feststellung der zu enteignenden Gegenstände hat der Unternehmer zur Durchführung der Enteignung noch eine zweifache Thätigkeit zu entwickeln: den Antrag auf Festsetzung der Entschädigung und den Antrag auf Vollziehung der Enteignung zu stellen. Von diesen beiden Thätigkeiten erscheint aber nur die erste als ein „Gebrauch machen vom Enteignungsrechte" im Sinne des Gesetzes, so daß der Unternehmer seinen Anspruch auf Enteignung bewahrt, wenn er innerhalb der durch den Regierungsbeschluß festgestellten Frist den Antrag auf Feststellung der Entschädigung anbringt. Daß dies die Meinung des Gesetzes ist, ergiebt sich zunächst schon aus dem Wortlaut des § 42. Im ersten Absatz desselben, welcher die Zeit vor Feststellung der Entschädigung

behandelt, werden die beiden Fälle unterschieden: „wenn der Unternehmer von dem ihm verliehenen Enteignungsrechte nicht binnen der in § 21 gedachten Zeit Gebrauch macht oder von dem Unternehmen zurücktritt," im zweiten Absatz dagegen, welcher sich auf die Zeit nach Feststellung der Entschädigung bezieht, wird nur der eine Fall: „tritt der Unternehmer zurück" erwähnt. Das „Gebrauch machen" scheint danach nur vor Feststellung der Entschädigung möglich zu sein. Eine Unterstützung findet diese Auffassung in den Motiven zur Regierungsvorlage[76]), wo es heißt: „Der § 30 (der jetzige § 42) spricht die Pflicht des Unternehmers zur Entschädigung der von dem Expropriationsrecht betroffenen Berechtigten auch für den Fall aus, daß das Unternehmen nicht zu Stande kommt. Hierbei sind die beiden Fälle unterschieden: 1. wenn der Unternehmer innerhalb der ihm von der Verwaltungsbehörde gestellten Frist von dem Expropriationsrecht keinen Gebrauch macht oder seinen Antrag um vorläufige Feststellung der Entschädigung zurücknimmt, und 2. wenn er das Unternehmen nach vorläufiger oder definitiver Feststellung der Entschädigung aufgiebt." Auch hier wird augenscheinlich angenommen, daß das „Gebrauch machen" nur vor Feststellung der Entschädigung stattfindet und durch das Zusammenfassen der beiden Fälle unter Nr. 1 „keinen Gebrauch machen" und „Zurücknahme des Antrages" ist hinreichend angedeutet, daß das „Gebrauch machen" eben in der Stellung des Antrages liegen soll. In der That kann man ja auch nach Feststellung der Entschädigung von einem „Gebrauch machen" nicht mehr sprechen, da nach diesem Zeitpunkte die Thätigkeit des Exproprianten nicht mehr als eine freie erscheint, weil er zur Uebernahme des Grundstücks nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist. Es liegt deshalb auch gar kein Bedürfniß vor nach diesem Zeitpunkte die Fortdauer des Enteignungsrechtes an eine bestimmte Frist zu knüpfen; der Expropriat selbst befindet sich in der Lage auf Uebernahme des Grundstückes zu klagen und dadurch dem Zustande der Ungewißheit ein Ende zu machen.

Es ist bisher von dem Falle die Rede gewesen, daß die Frist, innerhalb deren von dem Enteignungsrechte Gebrauch gemacht werden muß, durch den Regierungsbeschluß bestimmt worden ist. Nun kann nach § 21 diese Feststellung aber auch bereits durch die königliche Ver-

---

[76]) Regierungsvorlage vom 2. November 1868. Motive zu § 30, vom 8. October 1869. Motive zu § 30, vom 1. Mai 1872. Motive zu § 33.

ordnung erfolgt sein. Es fragt sich, was in diesem Falle unter „Gebrauch machen von dem Enteignungsrechte" verstanden wird. Im Zweifel muß man hier ebenfalls annehmen, daß das „Gebrauch machen" in dem Antrage des Exproprianten auf Feststellung der Entschädigung liegt, denn dieser Antrag ist die letzte Thätigkeit desselben, welche in seinem freien Belieben steht. Es ist jedoch möglich, daß aus der Verordnung selbst eine andere Absicht hervorgeht: die Geltendmachung des Enteignungsrechtes also entweder bereits in dem Antrage auf Einleitung des Enteignungsverfahrens oder erst in dem Antrage auf Vollziehung der Enteignung liegen soll. Im ersteren Falle ist dann natürlich in dem Beschluß der Regierung bez. des Verwaltungsgerichtes wieder eine besondere Frist für die Stellung des Antrages auf Entschädigung zu bestimmen. Jedenfalls aber sind dem Exproprianten nach dem Grundsatze: „agere non valenti non currit praescriptio" nur diejenigen Zeiträume anzurechnen, in denen er selbst hat handeln können, also nicht die Zeit, welche von dem Augenblick der Stellung des Enteignungs-, bez. Entschädigungsantrages bis zur rechtskräftigen Entscheidung über dieselben verfließt.

Wenn der Unternehmer die in der königlichen Verordnung ihm gestellte Frist verstreichen läßt, ohne von dem Enteignungsrechte Gebrauch zu machen, so verliert er sein Enteignungsrecht überhaupt. Durch Ablauf des in dem Regierungsbeschlusse festgestellten Zeitraumes erlischt dagegen das Expropriationsrecht in abstracto noch nicht, sondern nur der Anspruch auf die concreten Grundstücke, welche durch diesen Beschluß zu Gegenständen der Enteignung erklärt worden sind; es wird also mit anderen Worten die Einleitung eines neuen Enteignungsverfahrens nothwendig [77]).

Auch nach Feststellung der Objecte der Enteignung, selbst nach Stellung des Antrages auf Entschädigung, involvirt das

[77]) Vgl. Commissionsbericht des Abgeordnetenhauses vom 4. März 1872 zu § 22: „Sodann müsse die Frage hier zum Austrag gebracht werden, wie lange das Expropriationsrecht fortdauere. Der Entwurf des Gesetzes berühre sie nur beiläufig im § 33, wo die Competenz zur Fristbestimmung analog dem Eisenbahngesetze dem Minister beigelegt werde. Geboten erscheine es, daß der Beschluß der Regierung, von dem jetzt die Rede, diese Frist positiv festsetze, nicht in dem Sinne, daß dadurch etwa über die Dauer der vorangegangenen Cabinetsordre entschieden wird, sondern nur in dem, daß nach Ablauf des festgesetzten Endtermines das Verfahren behufs eines neuen Planes wiederholt werden müsse."

Recht des Exproprianten auf Erwerb der betreffenden Gegenstände noch keine Pflicht desselben. Er kann jeden Augenblick davon abstehen, bez. seinen Antrag auf Feststellung der Entschädigung zurücknehmen und ist in diesem Falle nur verpflichtet die Expropriaten für diejenigen Nachtheile zu entschädigen, welche ihnen durch das bisherige Enteignungsverfahren erwachsen sind.

Dieses Rechtsverhältniß ändert sich mit der vorläufigen Feststellung der Entschädigung durch Beschluß der Regierung oder des Verwaltungsgerichtes. Die Aenderung betrifft nicht das Recht des Unternehmers auf den betreffenden Gegenstand. Dieses bleibt in demselben Umfange, in welchem es bisher existirte, weiter bestehen; es ist auch fernerhin an die Voraussetzung geknüpft, daß das Unternehmen zu Stande kommt. Aber dem Rechte correspondirt jetzt eine Pflicht zur Zahlung der Entschädigung gegen Uebernahme des Gegenstandes, und diese Pflicht bleibt selbst dann bestehen, wenn das Recht durch Aufgeben des Unternehmens erlöschen sollte. In diesem Falle hat der Expropriat die Wahl, ob er sein Eigenthum behalten und lediglich Ersatz für die Nachtheile, welche ihm durch das Enteignungsverfahren erwachsen sind, oder Zahlung der festgestellten Entschädigung gegen Abtretung des Grundstückes beanspruchen will[78]). Es steht ihm auch frei, in Be-

---

[78]) Die älteren Vorlagen sprachen für den Fall des Zurücktretens des Unternehmers nur von der Pflicht desselben gegen Uebernahme des Grundstückes die Entschädigung zu zahlen, erwähnten also das Recht des Expropriaten den Gegenstand zu behalten nicht. Indessen schien nach Ausweis der Motive dieses Recht bestehen zu sollen. Es hieß daselbst: „In letzterem Falle (d. h. wenn der Unternehmer das Unternehmen nach Feststellung der Entschädigung aufgiebt) sind durch die vorläufige Feststellung der Entschädigung dem Entschädigungsberechtigten bereits Rechte erworben. Deshalb ist ihm in diesem Falle die Fortsetzung des Verfahrens zum Zweck der definitiven Feststellung der Entschädigung und das Executionsrecht auf deren Leistung vorbehalten“ (Regierungsvorlage vom 2. November 1868, Motive zu § 30, vom 8. October 1869, Motive zu § 30, vom 1. Mai 1871, Motive zu § 33). Entsprechend heißt es in dem Bericht der Commission des Abgeordnetenhauses vom 4. März 1872 zu § 42: „Die Mehrheit der Commission schloß sich der Anschauung des Entwurfes an, daß zwar in allen Fällen dem von der Enteignung Betroffenen frei stehen müsse sein Eigenthum zu behalten und im Prozeßwege Schadensersatz zu suchen, daß aber eine nach § 30 (jetzt § 29) ergangene Regierungsentscheidung gegenseitige Rechte und Pflichten begründe, dem Expropriaten daher die Befugniß zuzusprechen sei das erlangte Recht mittelst Durchführung des Enteignungsverfahrens zu realisiren, sowohl in der Art, daß er nach Rechtskraft des Regierungsresolutes die darin festgesetzte Entschädigungssumme be-

ung auf die Höhe der letzteren gegenüber der Verfügung der Regierung den Rechtsweg zu beschreiten. Seine Ansprüche muß der Expropriat nöthigenfalls auf dem Wege gerichtlicher Klage geltend machen[79]).

Der letzte Schritt, welcher das Enteignungsverfahren zum Abschluß bringt, ist die Vollziehung der Enteignung. Zu einer Tradition der Sache ist der Expropriat nach dem preußischen Gesetze nicht verpflichtet[80]). An ihre Stelle tritt vielmehr das „Aussprechen der Ent-

---

anspruch, oder auch in dem ihm nach § 31 (jetzt § 30) offenstehenden Rechtswege deren Erhöhung betreibt. — Dagegen brachte die Commission des Abgeordnetenhauses in der Session 1873/74 diejenige Fassung in Vorschlag, welche in das gegenwärtige Gesetz aufgenommen ist. Der Bericht vom 19. December 1873 bemerkt dazu: „Bei § 43 fand die Ansicht Beifall, daß es auch im Falle des Abs. 2 dem Eigenthümer zustehen müsse dem zurücktretenden Unternehmer gegenüber sein Grundstück zu behalten und lediglich, wie in dem Falle des Abs. 1, Schadensersatz wegen der ihm durch das Enteignungsverfahren entstandenen Nachtheile zu fordern. Demgemäß ist der Abs. 2 umgestaltet."

[79]) Es heißt im § 42: „so hat der Eigenthümer die Wahl, ob er u. s. w. im Rechtswege beanspruchen will." Diese Fassung rührt von der Commission des Abgeordnetenhauses aus dem Jahre 1871/72 her, und der Bericht bemerkt dazu: „Dagegen entstand Meinungsdifferenz darüber, wie die executivische Ausführung des so erlangten Rechtes zu erfolgen habe. Nach einer Ansicht durch die Regierung. Diese sei überhaupt im Enteignungsverfahren an die Stelle des Gerichts gesetzt; dessen Mitwirkung nach § 31 habe nicht den Zweck die Sache der Regierung aus der Hand zu nehmen, das Urtheil träte nur an die Stelle des Regierungsresolutes, dann begänne wieder die Thätigkeit der Regierung durch Besitzeinweisung. Consequenter Weise müsse man daher auch im Falle des vorliegenden Paragraphen die executivische Ausführung des erworbenen Rechtes der Regierung übertragen, möge dasselbe sich auf Regierungsresolut oder gerichtliches Urtheil gründen. — Dem wurde entgegnet: „die Action, welche das Gesetz der Regierung nach Eintritt des Gerichtes in das Enteignungsverfahren beilege, beschränke sich darauf vom Unternehmer den Nachweis zu fordern, daß er nach dem Gerichtsurtheil gezahlt oder deponirt habe, ihn dann in den Besitz einzuweisen. Es liege kein Bedürfniß vor diese Ausnahme von dem Grundsatze, daß civilrechtliche Executionen vom Gericht zu vollstrecken, zu verallgemeinern. Deshalb empfehle es sich den Expropriaten behufs zwangsweiser Durchführung seines Anspruches lediglich an das Gericht zu verweisen. Gründe der Anspruch sich auf gerichtliches Urtheil, so geschehe dies durch Antrag auf Executionsvollstreckung; basire es aber nur auf dem Verwaltungsresolut, so sei der Weg einer Klage erforderlich aus dem Fundamente des Regierungsentscheides. In diesem Sinne erfolgte die Aenderung des Entwurfsparagraphen mit einigen Abweichungen in der Wortfassung und der Aenderung des Schlußsatzes" (Commissionsbericht vom 12. März 1872, zu § 42).

[80]) Die Frage, ob eine Tradition erforderlich sei, ist in der Commission des

eignung" durch Beschluß der Regiernng oder des Verwaltungsgerichtes (§ 32). Mit der Zustellung dieses Beschlusses an Eigenthümer und Unternehmer, für den Fall daß beide Zustellungen nicht an demselben Tage geschehen, mit der zuletzt erfolgten Zustellung, geht das Eigenthum auf den Unternehmer über (§ 44, Abs. 1 und 2)[81]). Die angegebene Vorschrift gilt auch für diejenigen Landestheile, in denen nach den allgemeinen Gesetzen der Uebergang des Eigenthums von der Einschreibung in die Grundbücher oder von der Einreichung des Vertrages bei dem Realrichter abhängig gemacht ist (§ 44 Abs. 3). In diesen Fällen hat jedoch die Regierung der zuständigen Gerichts- oder sonstigen Behörde von der Enteignung Nachricht zu geben, bez. dieselbe um Bewirkung der Eintragung zu ersuchen. Der Enteignungsbeschluß der Regierung steht hierbei dem Erkenntniß eines Gerichtes gleich (§ 33).

Als Moment der Perfection des Rechtsverhältnisses erscheint nach dem preußischen Gesetze, wie die obigen Erörterungen dargethan haben, derjenige Zeitpunkt, in welchem die vorläufige Feststellung der Entschädigung durch Beschluß der Regierung oder des Verwaltungsgerichtes erfolgt. Mit diesem geht die Gefahr der Sache auf den Expropriaten über, so daß ein nachher eingetretener zufälliger Untergang oder zufällige Verschlechterung der Sache ihn von der Zahlung der Entschädigung überhaupt oder in der betreffenden Höhe nicht befreit[82]).

Abgeordnetenhauses in der Session 1871/72 ausdrücklich erörtert worden. Der Commissionsbericht vom 4. März 1872, zu § 34 sagt darüber: „Ein Theil der Commission hielt zum Eigenthumsübergange neben dem Einweisungsbeschlusse noch eine reelle Uebergabe für erforderlich, die Mehrheit aber konnte sich von der Nothwendigkeit einer solchen Maßregel nicht überzeugen, erachtete es für zutreffend dem Einweisungsresolute die Wirkung der Eigenthumsübertragung beizulegen und redigirte demgemäß den vorliegenden Paragraphen."

[81]) Die Regierungsvorlage wollte den Uebergang an den Zeitpunkt „der Einweisung des Unternehmers in den Besitz" knüpfen. Die Commission des Abgeordnetenhauses in der Session 1871/72 dagegen erkannte es als geboten genau den Moment zu fixiren, mit welchem das Eigenthum auf den Unternehmer übergeht; sie entschied sich dafür der Zustellung des Einweisungsbeschlusses diese Wirkung beizulegen (Commissionsbericht vom 4. März 1872, zu § 44). Die Regierungsvorlage vom 13. November 1873 nahm dazu die Bestimmung über den Zeitpunkt auf, welcher in dem Falle, wenn die Zustellung an beide Betheiligten nicht zu gleicher Zeit erfolge, als maßgebend zu betrachten sei (Regierungsvorlage vom 13. November 1873 zu § 45).

[82]) Mein Recht der Expropriation S. 243. Grünhut a. a. O. S. 189.

6.

Wenn zwischen dem Exproprianten und Expropriaten eine gütliche Vereinbarung über die Abtretung zu Stande kommt, so liegt nach allgemeinen Grundsätzen ein Kaufvertrag vor[83]). Diesen Standpunkt theilt auch das preußische Gesetz, indem es im § 17 vorschreibt, daß bei derartigen Abtretungen die nach den bestehenden Gesetzen für die Veräußerung von Grundeigenthum vorgeschriebenen Formen zu wahren sind. Es würden deshalb auf derartige Veräußerungen an und für sich alle Veräußerungsverbote und Veräußerungsbeschränkungen Anwendung finden; durch § 17 des Gesetzes sind aber alle polizeilichen Verbote, welche zur Verhütung der Trennung von Gutsverbänden oder Zerstückelung der Ländereien bestehen, für unanwendbar erklärt, und die Veräußerung von Dotalgrundstücken, bona adventitia der Hauskinder, Pupillengütern, Gütern, die zu einer Concursmasse gehören, Lehns- und Fideicommißgütern ist ganz außerordentlich erleichtert worden. Vereinbarungen unter den Betheiligten über die Gegenstände der Abtretung werden jedoch überhaupt nur so weit zugelassen, als letztere nach dem Befinden der zuständigen Behörde zu dem Unternehmen erforderlich sind, eine Bestimmung, welche den Zweck hat zu verhüten, daß ein Eigen-

[83]) Dies ist in neuerer Zeit von Laband a. a. O. S. 172, Anm. 30 und Grünhut a. a. O. S. 185 bestritten worden. Ersterer meint, wenn der Eigenthümer sehe, daß die Expropriation gesetzlich begründet sei, so habe er durchaus keine Veranlassung einen Ausspruch der competenten Behörde zu veranlassen; dessenungeachtet fehle es ihm an dem Willen einen Kauf zu contrahiren. „Er verkauft nicht sein Grundstück, sondern er läßt es sich nehmen, weil er die Fruchtlosigkeit des Widerspruches einsieht.“ Aber das für den Kauf entscheidende Erforderniß, die Willenseinigung der Contrahenten, ist unzweifelhaft vorhanden. Der Wille des Eigenthümers erscheint juristisch als ein freier, wenn auch die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit der Enteignung als Motiv für denselben maßgebend gewesen sein mag. Der Eigenthümer läßt sich sein Grundstück nicht nehmen, weil er die Fruchtlosigkeit des Widerstandes einsieht, sondern er tritt es ab, weil es ihm sonst genommen werden würde. — Wenn ferner Grünhut a. a. O. sagt: „Kommt die Einigung erst zu Stande, nachdem schon die Abtretung des Grundstückes in der gesetzlichen Form außer Zweifel gesetzt ist, so bleibt die rechtliche Natur der Abtretung unverändert dieselbe wie im Fall der zwangsweise vollzogenen Enteignung,“ so verkennt er, daß diese Abtretung erst mit dem Enteignungsbeschluß der Behörde gesetzlich feststeht. Vereinbarungen nach dieser Zeit würden allerdings nicht mehr als Käufe anzusehen sein, aber um solche handelt es sich hier auch nicht, sondern um diejenigen, welche vorher erfolgen. — Mit der hier vertheidigten Ansicht stimmt überein Dalcke a. a. O. Anm. 106 S. 129.

thümer aus Unkunde oder eigennütziger Absicht mehr als nöthig abtrete [84]).

Das Gesetz erwähnt außerdem auch Vereinbarungen der Parteien über den Betrag der Entschädigung, welche stattfinden, nachdem bereits der Beschluß der Regierung die Gegenstände der Enteignung bestimmt hat. Auf diese Vereinbarungen sollen die erleichternden Bestimmungen hinsichtlich der Veräußerungsverbote und Veräußerungsbeschränkungen ebenfalls Anwendung finden [85]).

Es ist ein anerkannter Grundsatz, daß freiwillige Veräußerungen, welche im Laufe eines Enteignungsverfahrens vorkommen, in ihren Rechtswirkungen nicht nach der reinen Theorie des Kaufes beurtheilt werden dürfen, jedenfalls nicht, soweit der Verkäufer dadurch in eine ungünstigere Lage gebracht würde als der Expropriat [86]). Hier kom-

---

[84]) Commissionsbericht des Herrenhauses vom 14. December 1868, zu § 14.

[85]) In § 26 des Gesetzes heißt es jetzt wörtlich: „In Bezug auf die Rechtsverbindlichkeit der vor dem Commissar geschlossenen Verträge kommen die Bestimmungen des § 17 Abs. 2 und 5 zur Anwendung." In Abs. 2 und 5 sind die Vorschriften über die Veräußerung der Grundstücke handlungsunfähiger Personen und die über die polizeilichen Verbote enthalten, welche die Trennung von Gutsverbänden und die Zerstückelung von Ländereien verhüten sollen, während Abs. 3 und 4 die Bestimmungen über Lehns- und Familienfideicommißgüter und die speciellen Anordnungen für den Bezirk des Appellationsgerichtes zu Cöln umfassen. Es liegt nun auf der Hand, daß es widersinnig sein würde die letzteren Vorschriften von der Anwendung auszuschließen, so daß man schon aus inneren Gründen genöthigt ist anzunehmen, daß hier ein Druckfehler vorliegt. Dies beweisen auch die Verhandlungen. Die betreffende Stelle ist ein Zusatz, welchen die Commission des Herrenhauses in dem Berichte vom 16. November 1869 zu § 19 beantragt hat und welcher ursprünglich folgender Maßen lautete: „In Bezug auf die Rechtsverbindlichkeit der vor dem Commissar abgeschlossenen Verträge kommen die Bestimmungen des § 14 (jetzt § 17) Alinea 2, 3 und 4 zur Anwendung." Die Commission des Abgeordnetenhauses in der Session 1871/72 machte nun zum § 18 (dem früheren § 14) einen Zusatz, die polizeilichen Veräußerungsverbote betreffend, so daß derselbe fünf Absätze an Stelle der früheren vier erhielt. Demgemäß änderte sie den § 27 (jetzt § 26) so, daß sie statt „Alinea 2, 3, 4" „Absatz 2—5" setzte (Commissionsbericht vom 4. März 1872 zu § 17 und 18, § 26). Dagegen enthielt die Regierungsvorlage vom 13. November 1873 in § 27: „Absatz 2 und 5" augenscheinlich nur in Folge eines Druckfehlers, denn die Motive erwähnen Nichts von einer materiellen Aenderung. Dieser Druckfehler hat sich auffälliger Weise durch die ganzen weiteren Verhandlungen hingezogen, ohne von Jemand bemerkt zu werden.

[86]) Hieraus darf man jedoch nicht folgern, daß überhaupt kein Kauf vorliege (Laband a. a. O. S. 172 und 173, Anm. 30). Die Abweichungen von den

en wieder vorzugsweise die Grundsätze über die Gefahr der Sache in etracht. Nach gemeinem und französischem[87]) Rechte geht dieselbe it Perfection des Kaufes auf den Käufer über, so daß also in dieser eziehung kein Unterschied zwischen freiwilliger Veräußerung und Entgnung besteht. Im Gebiete des preußischen Landrechtes[88]) dagegen ägt der Verkäufer die Gefahr bis zur Uebergabe der Sache, der Exopriat dagegen den oben entwickelten Grundsätzen gemäß nur bis zur stsetzung der Entschädigung; hier würde also in diesem Falle nicht e Theorie des Kaufes, sondern die der Enteignung zu entscheiden ben.

7.

Bekanntlich gestehen viele Enteignungsgesetze dem Expropriaten nach vollzogener Enteignung für den Fall, daß das Unternehmen nicht zu Stande kommt, oder sich herausstellt, daß die enteigneten Gegenstände zur Durchführung desselben nicht erforderlich sind, ein Rückforderungs- oder wenigstens für den Fall, daß der Expropriant den Gegenstand anderweitig verkaufen will, ein Vorkaufsrecht zu. Solche Bestimmungen fanden sich auch in der älteren preußischen Gesetzgebung. So räumte namentlich das Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838, § 16—19 dem zeitigen Eigenthümer des durch die Enteignung verkleinerten Grundstückes sowohl ein Wiederkaufs- als ein Vorkaufsrecht ein. Im Falle des Wiederkaufes zahlte der Eigenthümer den ursprünglichen Kaufpreis nach Abzug der durch die bisherige Benutzung in dem Grundstück entstandenen Werthsminderung. Dagegen konnte die Gesellschaft keine Verbesserungen in Anrechnung bringen, wohl aber die errichteten Gebäude und andern Anlagen hinweg nehmen. Die Vorschriften des Eisenbahngesetzes waren durch § 141 des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 auch auf Expropriationen zu Zwecken des Bergbaues ausgedehnt. Außerdem hatte der § 4 des Gesetzes, betreffend die Ablösung der Reallasten und

gewöhnlichen Grundsätzen über den Kauf betreffen keine Essentialien des Geschäftes, sondern nur solche Punkte, welche bei jedem Kaufvertrage durch den Willen der Parteien abgeändert werden können und deren Abänderung auch hier mit Rücksicht auf den muthmaßlichen Willen der Parteien anzunehmen ist.

[87]) Code civil Art. 1302.

[88]) A. L. R. Th. I, Tit. 11, § 95.

die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse vom 2. März 1850 ein ganz allgemeines Vorkaufsrecht für alle enteigneten Theile von Grundstücken eingeführt.

Die Frage, ob in dem neuen Gesetze den Eigenthümern derartige Wieder- und Vorkaufsrechte eingeräumt werden sollten, hat bei Gelegenheit der Landtagsverhandlungen eine sehr eingehende Erörterung erfahren. Die ursprüngliche Regierungsvorlage vom 2. November 1868 beseitigte im § 30 alle Vorkaufs- und Wiederkaufsrechte, die Commission des Herrenhauses dagegen beantragte, dem Eigenthümer dieselben Rechte zu gewähren, welche ihm das Gesetz vom 3. November 1838 über die Eisenbahnunternehmungen zugestand[89]), was das Herrenhaus genehmigte[90]). In der Regierungsvorlage vom 8. October 1869 war die alte Fassung wiederhergestellt, die Commission und das Plenum des Herrenhauses beharrten jedoch bei ihren früheren Beschlüssen[91]). Da sich auch die Commission des Abgeordnetenhauses in gleichem Sinne aussprach[92]), so nahm die Regierungsvorlage vom 1. Mai 1871 die betreffenden Bestimmungen in § 34 auf. Nun erhoben sich aber neue Bedenken in der Commission des Abgeordnetenhauses, welche die Streichung des Paragraphen vorschlug[93]). Mit Rücksicht darauf wurde dieser in der Regierungsvorlage vom 13. November 1873 auch wieder fortgelassen. In der Commission des Abgeordnetenhauses kam die Frage von Neuem zur Anregung, es wurde jedoch kein Zusatz zur Regierungsvorlage beschlossen[94]).

In der Sitzung des Abgeordnetenhauses vom 30. April 1874[95]) gelangten zwei Anträge zur Verhandlung: einer, welcher im Wesentlichen die §§ 16—19 des Gesetzes über die Eisenbahnunternehmungen in nicht sehr glücklicher Form reproducirte[96]), der andere, welcher dem Expropriaten lediglich ein Vorkaufsrecht einräumte[97]). Beide wurden

---

89) Commissionsbericht vom 14. December 1868, zu §§ 30 und 30a.

90) Sitzung vom 18. December 1868, Sten. Ber. S. 111.

91) Commissionsbericht vom 16. November 1868 zu §§ 30 und 30a; Sitzung vom 19. November 1869; Sten. Ber. S. 90.

92) Commissionsbericht vom 2 März 1872, zu § 36.

93) Commissionsbericht vom 2. März 1872, zu § 36.

94) Commissionsbericht vom 19. December 1873, zu § 44.

95) Sten. Ber. S. 1320 ff.

96) Vom Abgeordneten Biesenbach und Genossen. Sten. Ber., Anlagen, Nr. 313.

97) Vom Abgeordneten Tiedemann. Sten. Ber. S. 1320.

abgelehnt[98]). Dagegen nahm das Herrenhaus auf Antrag seiner Commission[99]) einen Paragraphen an[100]), der als § 57 in das gegenwärtige Gesetz übergegangen ist.

Dieser hebt alle Bestimmungen über das Wiederkaufsrecht bezüglich der enteigneten Grundstücke auf, räumt aber dem zeitigen Eigenthümer des durch den ursprünglichen Erwerb verkleinerten Grundstücks ein Vorkaufsrecht ein, wenn das abgetretene Grundstück ganz oder theilweise zu dem bestimmten Zweck nicht weiter nothwendig ist und veräußert werden soll. Der Expropriant muß die Absicht der Veräußerung und den angebotenen Kaufpreis dem berechtigten Eigenthümer anzeigen. Tritt dieser nun kraft seines Vorkaufsrechtes in den Vertrag ein, so ist ein einfacher Kauf abgeschlossen, auf welchen alle Grundsätze über dieses Rechtsgeschäft Anwendung finden[101]). Wird die Anzeige unterlassen, so kann der Berechtigte seinen Anspruch gegen jeden Besitzer geltend machen; dieses Verhältniß desselben zu dritten Personen ist nach Analogie des Retractsrechtes zu beurtheilen.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß für ein Rückforderungsrecht des Expropriaten sehr erhebliche legislative Gründe sprechen. Das Eigenthum soll nur für die Durchführung des öffentlichen Unternehmens abgetreten werden. Wenn sich herausstellt, daß es dafür nicht erforderlich ist, so fällt der Rechtsgrund der Enteignung fort, und diese muß in ihren Folgen vernichtet werden.

Von den verschiedenen Bedenken, welche im preußischen Landtage gegen ein solches Recht geltend gemacht wurden, scheinen am durchschlagendsten diejenigen gewirkt zu haben, welche sich gegen die Vorschriften über den Ersatz der Werthserhöhungen richteten. In dieser

---

98) Sten. Ber. S. 1329.

99) Commissionsbericht vom 13. Mai 1874, zu § 58.

100) Sitzung vom 18. Mai 1874, Sten. Ber. S. 391.

101) Im Falle der ordnungsmäßig erfolgten Anzeige liegt unzweifelhaft eine Willenseinigung der beiden Parteien vor. — Ganz anders dagegen ist das in vielen Gesetzgebungen dem Expropriaten eingeräumte Rückforderungsrecht aufzufassen. Grünhut a. a. O. S. 169 will zwar auch einen kraft dieses Rechtes erfolgten Rückerwerb der Sache als Kauf betrachtet wissen und ebenso bezeichnen manche Gesetze incorrecter Weise das angegebene Recht als Wiederkaufsrecht. Aber von einer vertragsmäßigen Willenseinigung der Betheiligten kann hier gar nicht die Rede sein; es liegen vielmehr gesetzliche Rechte und Verbindlichkeiten vor. Das Verhältniß ist ganz analog der Expropriation zu beurtheilen, es erscheint gewissermaßen als Rückexpropriation.

Beziehung ist im höchsten Grade zu bedauern, daß alle Anträge sich darauf beschränkt haben die sehr mangelhaften Bestimmungen des preußischen Eisenbahngesetzes zu reproduciren. Warum hat man nicht, statt dem Unternehmer ein bloßes jus tollendi einzuräumen, dem Eigenthümer die Pflicht aufzuerlegen versucht für alle diejenigen Anlagen, welche die Sache auch für ihn werthvoller machen, eine Entschädigung bis zum Betrage der darauf verwandten Kosten zu leisten[102]? Wenn es aber nicht gelungen ist ein eigentliches Rückforderungsrecht durchzusetzen, so kann man es nur dankbar anerkennen, daß die Commission des Herrenhauses wenigstens ein Vorkaufsrecht in dem jetzigen Umfange in das Gesetz hineingebracht hat[103]).

8.

Das preußische Enteignungsgesetz geht von dem Grundsatze aus, daß die Entschädigung des Eigenthümers in dem vollen Werthe des abzutretenden Grundstückes, einschließlich der enteigneten Zubehörungen und Früchte, besteht (§ 8). Bei der Abschätzung soll im Allgemei-

---

[102]) Mein Recht der Expropriation S. 268. Grünhut a. a. O. S. 168.

[103]) Der Commissionsbericht vom 13. Mai 1874 a. a. O. bemerkt darüber treffend: „Wenn die Vorlage das Vorkaufsrecht beseitigt, so steht sie im Widerspruche mit dem jetzt geltenden Rechte, sie will ein neues Recht einführen. Ein öffentliches Interesse liegt dabei in keiner Weise vor. Dem öffentlichen Interesse ist durch die erfolgte Expropriation Genüge geschehen. Beim Vorkaufsrechte handelt es sich lediglich um ein Privatinteresse der Betheiligten. In dieser Beziehung den Unternehmer, also etwa eine Eisenbahngesellschaft, zu begünstigen, dem Eigenthümer ein Recht, das er jetzt hat, zu nehmen, dazu fehlt jeder genügende Grund. Ueberdies aber verletzt das Vorkaufsrecht kaum die Interessen des Unternehmers, denn z. B. einer Eisenbahngesellschaft kann es sehr gleichgültig sein, ob ein Dritter oder ob für denselben Preis der frühere Eigenthümer ein für die Zwecke der Eisenbahn nicht mehr erforderliches Grundstück erwirbt. Für den Eigenthümer dagegen kann dies von dem höchsten Interesse sein: man denke an den Fall, wo ein Garten oder Park, ein Ackerstück oder gar auf eine lange Strecke eine Forst (etwa eine königliche Forst) von der Eisenbahn durchschnitten und bei Verlegung dieser Eisenbahn jener lange Streifen parcellirt, vielleicht eine Colonie darauf etablirt wird. Das Beispiel verschiedener Eisenbahnen beweist, daß die Verlegung von Eisenbahnstrecken nicht in's Bereich der bloßen Vermuthungen gehört. Noch entschiedener aber tritt die Bedeutung des Vorkaufsrechtes hervor, wenn es vorkommen sollte (was z. B. bei der pommerschen Centralbahn möglicherweise der Fall sein wird), daß ein Eisenbahnproject aufgegeben wird, nachdem die Enteignungen bereits stattgefunden haben.“

nen ein objectiver Maßstab zu Grunde gelegt werden. So ist namentlich nicht die bisherige Benutzung, sondern die Benutzbarkeit des Gegenstandes in Betracht zu ziehen; es muß dem Expropriaten eine entsprechend höhere Entschädigung zugebilligt werden, wenn durch eine anderweite Art der Benutzung ein höherer Ertrag aus dem Grundstück gezogen werden kann[104]).

Es hat jedoch auch die Art der Benutzung durch den bisherigen Eigenthümer insofern Berücksichtigung zu finden, als demselben ein Geldbetrag gewährt werden muß, der ihn in Stand setzt ein anderes Grundstück in derselben Weise und mit gleichem Ertrage zu benutzen (§ 10, Abs. 1). Diesen Vorschriften entsprechend ist auch der sog. Annehmlichkeitswerth zu beurtheilen; es müssen dem Expropriaten die Mittel gewährt werden sich die Annehmlichkeit, welche er an einem Orte verliert, an einem andern wieder zu verschaffen, vorausgesetzt, daß dies überhaupt möglich ist. Dagegen kann von einem Ersatz des Affectionswerthes selbstverständlich niemals die Rede sein.

Noch in einer andern Beziehung wird die Brauchbarkeit des Gegenstandes für den speciellen Eigenthümer in Betracht gezogen. Die Entschädigung muß, wenn nur ein Theil des Grundbesitzes desselben Eigenthümers in Anspruch genommen wird, zugleich den Mehrwerth, welchen der abzutretende Theil durch seinen örtlichen oder wirth-

---

[104]) Der Commissionsbericht des Abgeordnetenhauses vom 19. December 1873 zu § 8 bemerkt hierüber: „Nicht durch die Benutzungsart, sondern durch die Benutzungsfähigkeit werde der Werth einer Sache bestimmt, denn je größer und mannigfaltiger die Benutzungsfähigkeit sei, um so größer werde der Begehr die Sache zu erwerben sein, und um so höher stelle sich naturgemäß deren Werth. Für die Benutzungsfähigkeit könne nun die wirkliche Benutzung, also die Benutzungsart, wohl ein Beweismoment abgeben, aber an und für sich sei die Benutzungsfähigkeit und folgeweise auch der Werth von der Benutzungsart völlig unabhängig. Am deutlichsten trete dies hervor bei Benutzungsarten, die den vollen Werth der Sache nicht zur Geltung kommen lassen. Wenn z. B. Jemand ein Grundstück an einer belebten Straße Berlins aus Liebhaberei fortwährend als Garten benutzte, so würde diese Benutzungsart nur einen sehr geringen Werth des Grundstücks ergeben, während doch Niemand zweifeln werde, daß dieses Grundstück kraft seiner Benutzungsfähigkeit den weit über den Gartenwerth hinausragenden Werth eines an der Straße gelegenen Bauplatzes habe." — Es ist also nicht der Standpunkt des entgangenen Gewinns, welcher hier als maßgebend erscheint, sondern die Erhöhung des objectiven Werthes durch die Möglichkeit einer anderweiten Benutzung. Ueber die frühere, ziemlich schwankende Rechtssprechung des Obertribunals hinsichtlich dieser Frage vergl. Dalcke a. a. O. Anm. 21, S. 58 ff., Nr. c—e.

schaftlichen Zusammenhang mit dem Ganzen hat, sowie den Minderwerth, welcher für den übrigen Grundbesitz durch die Abtretung entsteht, umfassen (§ 8, Abs. 2). Die Worte „örtlichen oder wirthschaftlichen Zusammenhang“[105]) sollen andeuten, daß ein unmittelbarer localer Zusammenhang nicht erforderlich ist. Es fällt unter diesen Gesichtspunkt beispielsweise eine Wiese, die zu einem Gute, ein Rübenfeld, das zu einer Zuckerfabrik, ein Garten, der zu einer Wirthschaft gehört, ohne Rücksicht darauf, daß die Gegenstände räumlich von einander getrennt liegen. Durch die angegebenen Bestimmungen wird dem Unternehmer auch die Verpflichtung auferlegt den Eigenthümer für die Erschwerungen zu entschädigen, welche dieser durch die Enteignung in seinem Gewerbebetriebe erleidet, sowie die Kosten der Anlagen zu erstatten, welche er machen mußte, um denselben in der bisherigen Weise fortsetzen zu können[106]).

Für die Feststellung der Entschädigung ist der Zeitpunkt der Abschätzung entscheidend, so daß also eine Werthherhöhung, welche das abzutretende Grundstück erst in Folge der neuen Anlage erhält, dabei nicht in Betracht kommt (§ 10, Abs. 2).

Der Expropriat kann unter Umständen eine Ausdehnung der Enteignung über den ursprünglichen Gegenstand hinaus verlangen[107]). Diese Befugniß besteht in Bezug auf solchen Grundbesitz, welcher sich in unmittelbarem örtlichen Zusammenhange befindet, wenn dieser durch die Abtretung so zerstückelt wird, daß das Restgrundstück nach seiner bisherigen Bestimmung nicht mehr zweckmäßig benutzt werden kann. Die näheren Bestimmungen darüber ent-

[105]) Sie beruhen auf einem Amendement Bernhardt-Knebel, das in der Sitzung des Abgeordnetenhauses am 27. April 1874 angenommen wurde (Sten. Ber. S. 1273).

[106]) Einzelne Anwendungen dieser Grundsätze kommen in den bei Dalcke a. a. O. S. 57 und 58 erwähnten Entscheidungen des Obertribunals vor.

[107]) Die Regierungsvorlage hatte das Recht der Uebernahme des Ganzen anstatt des für die Ausführung des Unternehmens erforderlichen Theiles auch dem Expropriaten für den Fall zugesprochen, daß „das Restgrundstück in Folge der Trennung mehr als ein Viertel desjenigen Werthes verliert, welchen dieser Theil in seiner Verbindung mit dem Ganzen hatte.“ — Diese Bestimmung ist mit Recht in der Sitzung des Abgeordnetenhauses am 27. April 1874 abgelehnt worden (Sten. Ber. S. 1274); ihr Erfolg würde lediglich der gewesen sein dem Exproprianten die Zahlung der Entschädigung auf Kosten des Eigenthümers zu erleichtern, was mit den Grundsätzen des Enteignungsrechtes nicht vereinbar ist.

hält § 9. — Es ist nun in neuerer Zeit die Behauptung aufgestellt worden[108]), die Uebernahme eines derartigen Stückes müsse als ein privatrechtliches Erwerbsgeschäft, als ein Kauf angesehen werden. Aber die für ein solches erforderliche Willenseinigung der Betheiligten ist hier keineswegs immer vorhanden. Wenn auch der Expropriat mit der Abtretung stets einverstanden sein wird, so muß doch der Expropriant das betreffende Restgrundstück oft gegen seinen Willen übernehmen. Es beruht also der Erwerb dieses ebenso wie die Enteignung des Hauptgrundstückes auf einer gesetzlichen und nicht auf einer vertragsmäßigen Grundlage. Der Unterschied von der Enteignung besteht lediglich darin, daß die Stellung der betheiligten Subjecte eine umgekehrte ist: dort erscheint der Expropriant berechtigt die Sache zu erwerben, der Expropriat verpflichtet sie ihm zu überlassen; hier besitzt letzterer ein Recht darauf sich seiner Sache zu entäußern, ersterer ist verbunden sie zu übernehmen.

Der Expropriat muß seinen Anspruch auf Uebernahme des Ganzen im Entschädigungsverfahren geltend machen (§ 25). Bis zu dem Momente, wo die Feststellung der Entschädigung durch Beschluß der Regierung oder des Verwaltungsgerichtes erfolgt ist, hat der Expropriant natürlich das Recht sich der Verpflichtung auf Uebernahme des ganzen Grundbesitzes dadurch zu entziehen, daß er von der Enteignung des betreffenden Theiles absteht. Nach Feststellung der Entschädigung dagegen sind beide Theile definitiv gebunden, so daß nun auch der Expropriat nicht mehr verlangen kann sein Restgrundstück zu behalten und statt der Uebernahme eine Entschädigung für den durch die Zerstückelung herbeigeführten Minderwerth zu empfangen. Anderer Ansicht ist auch in dieser Beziehung Grünhut[109]), welcher dem Enteigneten bis zur Vollziehung der Enteignung das Recht des einseitigen Rücktrittes vorbehalten wissen will. Die rechtliche Stellung desselben in Bezug auf den Theil des Grundstückes, dessen Uebernahme er freiwillig verlangt, soll nach ihm die eines Offerenten sein, welcher ein Erwerbsgeschäft unter der Bedingung abschließen will, daß ihm der zu bestimmende Preis entsprechen werde. Aber von einer Offerte kann man hier doch unmöglich reden, denn es steht ja gar nicht im Belieben des Exproprianten, ob er dieselbe acceptiren will oder nicht, und als „entsprechend" im Sinne

[108]) Von Grünhut a. a. O. S. 152.
[109]) a. a. O. S. 153.

des Gesetzes ist der im Entschädigungsverfahren festgestellte Preis unter allen Umständen anzusehen.

Der Expropriat kann, wenn der Expropriant in Folge seines Antrages ein Restgrundstück mit übernommen hat und dieses wieder veräußert, natürlich keinerlei Vorkaufsrecht in Anspruch nehmen. Denn das Vorkaufsrecht wird dem Expropriaten nur deshalb eingeräumt, weil die Enteignung eines Grundstückes für die Zwecke des öffentlichen Unternehmens erfolgte, durch die Veräußerung aber sich herausstellt, daß es dazu nicht erforderlich war. Bei den hier in Betracht kommenden Parcellen steht es dagegen von vorn herein fest, daß sie zu dem öffentlichen Unternehmen nicht verwandt werden sollen[110]).

Für solche Anlagen, welche lediglich in der Absicht gemacht sind, eine höhere Entschädigung zu erzielen, braucht der Unternehmer keinen Ersatz zu leisten. Die näheren Bestimmungen hierüber enthält § 13.

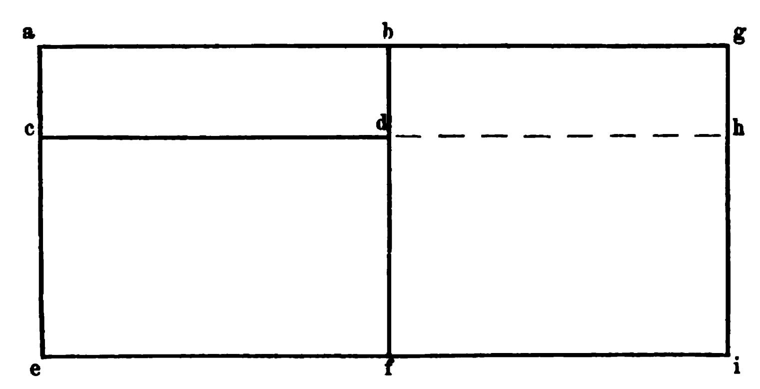
Bei Gelegenheit der Landtagsverhandlungen ist sehr eingehend die Frage erörtert worden, ob nicht eine durch das Unternehmen entstehende Wertherhöhung derjenigen Theile des Grundbesitzes eines Expropriaten, welche von der Enteignung nicht betroffen sind, auf die Entschädigung in Anrechnung gebracht werden könne. Während die Regierungsvorlagen sich in dieser Beziehung entschieden ablehnend verhielten[111]), wollte das Herrenhaus eine solche Anrechnung wenigstens in einem Falle zulassen, wenn nämlich bei Straßenanlagen Enteignungen stattfänden und das Restgrundstück durch diese Anlage als Baustelle in der neuen Straßenfront nutzbar würde[112]). Das Abgeordneten-

[110]) Dalcke a. a. O. Anm. 125, S. 151 behauptet, der hier behandelte Fall könne nach dem preußischen Gesetze nicht vorkommen, da das Vorkaufsrecht nur dem Eigenthümer eines durch die Expropriation zerkleinerten Grundstückes zustehe, also immer nur in Bezug auf Grundstückstheile ausgeübt werden könne, während der § 9 gerade voraussetze, daß in Folge der Expropriation eines Grundstückes das letztere ganz abgetreten sei. — Das ist unrichtig. Im § 9 wird ausdrücklich gesagt, daß, wenn die geminderte Benutzbarkeit nur bestimmte Theile des Restgrundstückes trifft, sich die Pflicht zur Mitübernahme auf diese Theile beschränkt. Der Eigenthümer der nicht übernommenen Theile könnte also möglicher Weise den Anspruch auf das Vorkaufsrecht hinsichtlich der übernommenen Theile erheben, wenn diese vom Unternehmer wieder veräußert würden, wäre aber nach den obigen Auseinandersetzungen zurückzuweisen.

[111]) Regierungsvorlage vom 2. November 1868, Motive zu §§ 6 u. 7, vom 8. October 1869, Motive zu § 7, vom 1. Mai 1871, Motive zu § 7.

[112]) Commissionsbericht vom 14. December 1868, zu § 9a. Sitzung vom

hauses trat aber diesen Beschlüssen nicht bei[113]) und bei der letzten Berathung erlangten die betreffenden Anträge auch im Herrenhause nicht die erforderliche Majorität[114]). Man darf dieses Ergebniß als ein durchaus befriedigendes bezeichnen. Die Aufnahme des vom Herrenhause beschlossenen Paragraphen in das Gesetz würde eine große Unbilligkeit enthalten haben. Man hat die Bestimmungen desselben vorzugsweise dadurch zu rechtfertigen gesucht, daß man sagte, die Kosten der Straßenanlagen seien in den großen Städten so bedeutend, daß die Stadt sie ohne Heranziehung der Anlieger nicht zu bestreiten vermöge, um so mehr als, sobald eine Straße projectirt sei, die Speculation sich auf das betreffende Terrain zu werfen pflege. Nun erscheint es zwar durchaus nicht unbillig die Anlieger einer Straße mit zu den Kosten derselben heranzuziehen, da sie ja den Hauptnutzen davon haben; aber es hieße geradezu die Grundsätze der Gerechtigkeit verletzen, wollte man die ganze Last ausschließlich auf die Expropriaten, also gerade die Personen legen, welche durch Abtretung ihres Eigenthums — wenn auch gegen Entschädigung — immer schon ein Opfer im öffentlichen Interesse bringen, während die übrigen Anlieger die Vortheile ohne Gegenleistung genießen würden. Wenn, um die Sache an einem practischen



Beispiel zu erläutern, A das Grundstück abcd, B das Grundstück cdef und C das Grundstück bgfi besäße und die Strecke agch für den

18. December 1868 (Sten. Ber. S. 110). Commissionsbericht vom 16. November 1869, zu § 9a. Sitzung vom 19. November 1869 (Sten. Ber. S. 88).

[113]) Commissionsberichte vom 29. Januar 1870, zu § 10, vom 4. März 1872, zu § 9, vom 19. Dec. 1873 am Schluß. Sitzung vom 7. Mai 1874 (Sten. Ber. S. 1522).

[114]) Commissionsbericht vom 13. Mai 1874, zu § 10, und Sitzung vom 18. Mai 1874 (Sten. Ber. S. 394).

Bau einer Straße enteignet würde, so erhielte A für das abgetretene Grundstück volle Entschädigung, B würde Anlieger der Straße ohne irgend welche Leistung, C dagegen müßte sich auf seine Entschädigung, welche er für das enteignete Stück bdgh beanspruchen könnte, die Vortheile anrechnen lassen, welche er als Anlieger gewänne.

Für Beschränkungen wird die Entschädigung nach denselben Grundsätzen bestimmt wie für die Entziehung des Grundeigenthums. Läßt sich die Benachtheiligung im Voraus nicht feststellen, so kann der Eigenthümer die Bestellung einer Caution und nach Ablauf jedes halben Jahres die Festsetzung der Entschädigung verlangen (§ 12). Unter Beschränkungen sind hier natürlich nur solche verstanden, welche einem einzelnen Eigenthümer zu Gunsten eines bestimmten Unternehmens im Wege der Enteignung auferlegt werden, also weder allgemeine gesetzliche Beschränkungen, noch solche, welche durch polizeiliche Verfügungen, z. B. Aufstellung von Bauplänen, angeordnet sind[115]).

Die Entschädigung wird in Geld gewährt. Eine Naturalentschädigung soll nur da eintreten, wo sie durch Specialgesetze vorgeschrieben ist (§ 7), wie das namentlich durch einzelne particuläre Wegebaugesetze geschehen. Mit Uebereinstimmung beider Theile kann eine solche natürlich auch in anderen Fällen gegeben werden.

Neben der Entschädigungspflicht wird dem Exproprianten durch § 14 noch eine weitere Verbindlichkeit auferlegt. Er ist „zur Einrichtung derjenigen Anlagen an Wegen, Ueberfahrten, Triften, Einfriedigungen, Bewässerungs- und Vorfluthsanstalten u. s. w. verpflichtet, welche für die benachbarten Grundstücke oder im öffentlichen Interesse zur Sicherung gegen Gefahren und Nachtheile nothwendig werden." Seine Verpflichtung erstreckt sich also nur auf solche Anlagen, welche zur Abwendung von Gefahren und Nachtheilen, sei es im allgemeinen Interesse des Publicums oder mit Rücksicht auf einen benachbarten Grundbesitzer, erforderlich sind. Dagegen besteht für ihn keinerlei Verbindlichkeit solche Einrichtungen zu treffen, welche lediglich dazu dienen, die neuen Anlagen bequemer und vortheilhafter zu benutzen, also z. B. Zugangswege zu einem Bahnhof herzustellen[116]).

---

[115]) Dies ergiebt sich schon daraus, daß im § 12 hinter den Worten „für Beschränkungen" die §§ 2 und 4 allegirt sind. Vgl. Commissionsbericht des Herrenhauses vom 16. November 1869, zu § 10.

[116]) In den älteren Regierungsvorlagen hatte die entscheidende Stelle des § 14 folgende Fassung: „welche die Regierung zur Sicherung gegen Gefah-

ieber die Unterhaltung dieser Anlagen bestimmt § 14 weiter, daß sie em Unternehmer obliegt, „insoweit sie über den Umfang der bestehen=en Verpflichtung zur Unterhaltung vorhandener, demselben Zwecke die=ender Anlagen hinausgeht“ [117]). Sind also die neuen Anlagen an die

en und Nachtheile für nöthig findet“ (Regierungsvorlage vom 2. November 868, § 12, vom 8. October 1869, § 12, vom 1. Mai 1871, § 12). Die Commission es Abgeordnetenhauses schob hinter „Nachtheile“ die Worte „für die benach=arten Grundstücke oder im öffentlichen Interesse“ ein (Commissions=ericht vom 4. März 1872, zu § 15). Die Regierungsvorlage vom 13. November 873 änderte diese Worte wieder in „für enteignete und sonstige Grund=esitzer oder zur Erhaltung des bestehenden öffentlichen Verkehrs.“ Die Motive bemerkten dazu, daß die Worte „im öffentlichen Interesse“ leicht zu ehr weitgehenden Ansprüchen an die Eisenbahnunternehmer Veranlassung geben önnten. Die Commission des Abgeordnetenhauses beschloß statt der Worte „zur Erhaltung des öffentlichen Verkehrs“ wieder „im öffentlichen Interesse“ zu setzen, iesen aber die Worte „zur Sicherung gegen Gefahren und Nachtheile“ nachzu=tellen, und der Commissionsbericht vom 19. December 1873 motivirte dies fol=gendermaßen: „Zu § 15 wurde bemerkt, daß die Worte „zur Erhaltung des be=tehenden öffentlichen Verkehrs“ für die obwaltenden Bedürfnisse nicht ausreichend eien, da auch Rücksichten der Gesundheits= und Sicherheitspolizei dahin führen können vom Unternehmer die Einrichtung besonderer Anlagen zu fordern und daß deshalb die von der früheren Commission gewählte Ausdrucksweise „im öffentlichen Interesse“ vorzuziehen sei. Die Befürchtung, daß hieraus auch die Verpflichtung der Unternehmer zu allerhand Verbesserungen gefordert werden könne, werde be=seitigt, sobald man die Worte „zur Sicherung gegen Gefahren und Nachtheile“ hinter die Worte „im öffentlichen Interesse“ setze, indem hierdurch völlig klar gestellt werde, daß sowohl für die benachbarten Grundbesitzer, als im öffentlichen Interesse nicht zur Erlangung von Vortheilen, sondern nur zur Abwehr von Nach=theilen die Einrichtung besonderer Anlagen beansprucht werden könne. Da nach dieser Erläuterung auch die Herren Regierungscommissare bei der Aenderung kein Bedenken fanden, wurde eine entsprechende Abänderung beschlossen und mit dieser der Paragraph genehmigt.“ Nachdem in der zweiten Lesung des Gesetzes das Ab=geordnetenhaus einer abweichenden Fassung seine Zustimmung ertheilt hatte (Sitzung vom 27. April 1874, Sten. Ber. S. 1280), wurde in dritter der jetzige Wortlaut des Paragraphen angenommen und dadurch materiell die Commissionsvorschläge wieder hergestellt. (Sitzung vom 7. Mai 1874, Sten. Ber. S. 1510. Vergl. die Aeußerungen des Abgeordneten Helf ebendas. S. 1504 u. 1505.)

[117]) Die älteren Regierungsvorlagen hatten dem Unternehmer einfach die Ver=pflichtung zur Einrichtung und Unterhaltung der Anlagen auferlegt (Regierungs=vorlagen vom 2. November 1868 § 12, vom 8. October 1869 § 12, vom 1. Mai 1871 § 12). Da sich gegen diese Bestimmung Bedenken in der Commission des Abgeordnetenhauses erhoben, so setzte die Regierungsvorlage vom 13. November 1874 § 15 die jetzige Fassung an ihre Stelle. Nachdem diese im Abgeordneten=hause in zweiter Lesung abgelehnt war (Sitzung am 27. April 1874, Sten. Ber.

Stelle bereits vorhandener getreten, ist z. B. ein Weg verlegt worden und existirte für die Unterhaltung jener früheren bereits ein bestimmter Verpflichteter, so bleibt dessen Verpflichtung bestehen. Er ist ausschließlich zur Unterhaltung der neuen Anlage verbunden, wenn die Unterhaltungskosten ebenso groß oder geringer sind als bei der früheren; stellen sich dieselben dagegen als größer heraus, so bleibt er nur im früheren Maße belastet, während der überschießende Theil vom Expropriaten getragen werden muß.

9.

Außer dem Eigenthümer kommen noch dritte Berechtigte an der Sache in Betracht. Zu dieser gehören solche Personen, welche selbst Eigenthümer der Sache zu sein behaupten, also das Eigenthum desjenigen, welcher im Sinne des Gesetzes als Eigenthümer erscheint, bestreiten, ferner Servitutberechtigte, Lehns- und Fideicommißberechtigte, Hypotheken- und Grundschuldgläubiger, Inhaber von Reallasten, Miether, Pächter und Käufer.

Die Rechte aller dieser Personen werden durch die Enteignung betroffen. § 45 des Gesetzes stellt folgenden Grundsatz auf:

> „Das enteignete Grundstück wird mit dem in § 44 bestimmten Zeitpunkt (d. h. mit Zustellung des Enteignungsbeschlusses) von allen darauf haftenden privatrechtlichen Verpflichtungen frei, soweit der Unternehmer dieselben nicht vertragsmäßig übernommen hat.
>
> Die Entschädigung tritt rücksichtlich aller Eigenthums-, Nutzungs- und sonstigen Realansprüche, insbesondere der Reallasten, Hypotheken und Grundschulden an die Stelle des enteigneten Gegenstandes."

Wie aus diesen Worten hervorgeht, soll nach vollzogener Enteignung kein Privatrecht, durch welches die Rechte des Expropriaten beschränkt werden könnten, es sei, welcher Art es wolle, an der enteigneten Sache mehr bestehen. Diese Vorschrift bezieht sich auch auf solche

S. 1280), wurde sie in dritter wieder hergestellt (Sitzung vom 7. Mai 1874, Sten. Ber. S. 1510. Vgl. die Motivirungen durch die Abgeordneten Helf und Dr. Baehr a. a. O. S. 1505 u. 6). Auch das Herrenhaus ließ trotz des entgegenstehenden Antrages seiner Commission diese Fassung bestehen (Sitzung vom 18. Mai 1874, Sten. Ber. S. 381).

Theile des Grundstückes, welche der Expropriant in Folge des Verlangens des Expropriaten übernommen hat. Die gegentheilige Behauptung Grünhut's[118]) muß schon im Allgemeinen zurückgewiesen werden, weil sie auf der bereits widerlegten Anschauung beruht, daß diese Uebernahme ein privatrechtliches Erwerbsgeschäft sei. Vom Standpunkte des preußischen Gesetzes gehört eine derartige Auffassung geradezu zu den Unmöglichkeiten. Nach ihm geht mit der Zustellung des Enteignungsbeschlusses das Eigenthum an dem ganzen Grundstück, also auch an dem hier in Frage kommenden Theile auf den Unternehmer über, und eben dieser Eigenthumsübergang ist es, welcher die Befreiung von den privatrechtlichen Lasten bewirkt.

Die Ansprüche der Berechtigten auf die Entschädigung sind jedoch nach dem Charakter ihrer Rechte verschieden.

Für Nutzungs-, Gebrauchs-, Servitutsberechtigte, Pächter und Miether stellt § 11 des Gesetzes folgenden Grundsatz auf:

„Der Betrag des Schadens, welchen Nutzungs-, Gebrauchs- und Servitutsberechtigte, Pächter und Miether durch die Enteignung erleiden, ist, soweit derselbe nicht in der nach § 8 für das enteignete Grundeigenthum bestimmten Entschädigung oder in der an derselben zu gewährenden Nutzung begriffen ist, besonders zu ersetzen."

Es kann demnach bei Berechtigungen dieser Art die Entschädigung für Nebenberechtigte entweder in der dem Grundeigenthümer zuerkannten Summe enthalten sein oder besonders festgesetzt werden. Die Entscheidung darüber, welcher Weg im einzelnen Falle einzuschlagen ist, steht der betreffenden Behörde zu, doch sind dabei folgende Grundsätze zu beobachten. Wenn die Berechtigung einen höheren Werth hat, als der Betrag, um den sie den Werth des Grundeigenthums vermindert, so muß die Entschädigung für Eigenthümer und dinglich Berechtigten besonders festgestellt werden; dies wird regelmäßig bei Realservituten der Fall sein. Wenn dagegen die Berechtigung und die Verminderung im Werthe, welche das Eigenthum durch dieselbe erleidet, einander aufwiegen, so kann die Entschädigung in einer einzigen Summe ausgeworfen und der Antheil der Berechtigten an derselben bestimmt werden.

---

[118]) a. a. O. S. 152.

Von letzterem Gesichtspunkte aus ist das Recht des Nießbrauchs- un Gebrauchsberechtigten, sowie des Pächters und Miethers zu beurtheilen Hier wird die Entschädigung gewöhnlich in dem Genuß der Zinsen des jenigen Capitals bestehen, welches der Eigenthümer erhalten hat. Daran ändert auch ein Steigen der Mieth- und Pachtpreise für gewöhnlich Nicht weil sich durch dieses gleichzeitig der Werth des Eigenthums erhöht Aber oft erleidet der Nießbrauchs- oder Gebrauchsberechtigte, Pächter oder Miether durch die Auflösung des Verhältnisses noch besondere Schaden. So müssen z. B. dem Pächter und Nutznießer eines frucht bringenden Grundstückes etwaige Meliorationsaufwendungen, von dene er noch keinen Vortheil gehabt hat, ersetzt werden, ebenso dem Mieth und Wohnungsberechtigten die Umzugskosten, welche ihm durch de Wohnungswechsel erwachsen.

Lehns- und Fideicommißberechtigte, Inhaber von Real lasten, Hypotheken- und Grundschuldgläubiger haben keine Anspruch darauf eine besondere Summe ausgeworfen zu erhalten: si sind vielmehr lediglich auf die dem Eigenthümer zugebilligte Entschädi gung angewiesen. Dasselbe gilt von solchen Personen, welche im Pro cesse Eigenthumsrechte an der enteigneten Sache erstreiten.

Der Käufer eines Grundstückes, welches nach Abschluß des Kauf vertrages, aber vor erfolgter Uebergabe bez. Umschreibung in de Grundbuche, also vor erfolgtem Übergang des Eigenthums, enteign wird, kann dieses sebst natürlich nicht erhalten. Er besitzt auch keinerle Ansprüche gegen den Unternehmer, sondern lediglich welche gegen sein Verkäufer, den Expropriaten. Unzweifelhaft liegt hier ein Fall vo wo die aus dem Kaufvertrage entspringende Leistung ohne Schuld de Verkäufers unmöglich wird. Ein solcher ist aber nach den verschieden in Preußen geltenden Rechtssystemen verschieden zu beurtheilen. Na den Vorschriften des Allgemeinen Landrechtes Th. I, Tit. 5 § 364:

„Entsteht die Unmöglichkeit den geschlossenen Vertrag zu erfülle durch einen Zufall oder durch unabwendbare Gewalt oder Ueber macht, so wird der Vertrag für aufgehoben angesehen,"

und Th. I, Tit. 11, § 100:

„Wird die verkaufte Sache noch vor der Uebergabe durch ein Zufall gänzlich zerstört oder vernichtet, dergestalt, daß gar kein Uebergabe erfolgen kann, so wird der Contract für aufgehoben erachtet,"

der Kaufvertrag einfach als hinfällig anzusehen. Nach gemeinem chte dagegen trägt der Käufer die Gefahr. Er bleibt zur Zahlung s Kaufpreises verpflichtet, hat dagegen Anspruch auf die Entschädingssumme, ebenso wie der Käufer eines nach dem Verkaufe abgennten Gebäudes die Herausgabe der Versicherungssumme verlangen n [119]). Dies wird namentlich dann von Bedeutung werden, wenn rch inzwischen veränderte Conjuncturen die Güterpreise in der betrefnden Gegend entweder gestiegen oder gefallen sind. Im letzteren lle ist es der Käufer, welcher dem Grundsatze, daß er die Gefahr r Sache trägt, gemäß den Schaden erleidet, im ersteren hat er den winn zu beanspruchen, weil dieser durch ein gleichartiges Ereigniß rbeigeführt ist [120]). Nach französischem Rechte endlich kann der er behandelte Fall überhaupt nicht vorkommen. Durch Art. 1583 s Code civil:

> „Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé,“

bestimmt worden, daß mit erfolgter Willenseinigung der Parien das Eigenthum übergeht. Es kann daher nach stattgehabtem Abluß eines Kaufvertrages niemals mehr der Verkäufer, sondern immer r der Käufer als Expropriat erscheinen.

Wegen der Bestimmung, daß durch die Enteignung das Grundück von allen privatrechtlichen Verpflichtungen befreit wird, war es thwendig besondere Fürsorge zu treffen, daß nicht durch Vereinbarunn zwischen dem Eigenthümer und dem Unternehmer die Rechte der derweit berechtigten Personen geschädigt werden. Man hat deshalb tgesetzt, daß bei einer freiwilligen Abtretung Seitens des Eigenthüers die Befreiung des Grundstückes von den privatrechtlichen Verlichtungen nur dann eintritt, wenn behufs der Regelung der Rechte itter Personen das förmliche Enteignungsverfahren vorbehalten und rchgeführt worden ist. Eine Vereinbarung zwischen Eigenthümer und nternehmer über die Höhe der Entschädigung schließt die Befreiung s Grundstückes von privatrechtlichen Verpflichtungen nicht aus; es

119) Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechtes. Zweite Auflage. § 264, nm. 6, § 390.

120) Windscheid a. a. O. § 327 a. E.

können jedoch die dritten Berechtigten, so weit ihre Forderungen die zwischen Unternehmer und Eigenthümer vereinbarte Entschädig summe nicht gedeckt werden, deren Festsetzung im Rechtswege gegen Unternehmer fordern.

10.

Die Grundsätze über das Verfahren geben zu ausführlich Bemerkungen wenig Veranlassung.

Die Erlaubniß zur Vornahme von Vorarbeiten ertheilt Regierung, im Geltungsbereiche der Kreisordnung vom 13. Decem 1872 und in den hohenzollernschen Landen der Regierungspräsid Der dem Eigenthümer dadurch erwachsende Schaden ist zu vergü Die Regierung kann nach ihrem Ermessen und muß auf Verlan eines Betheiligten den Unternehmer zu diesem Zwecke zur Bestell einer Caution anhalten. Die Gestattung der Vorarbeiten wird Amtsblatt bekannt gemacht; der Unternehmer hat außerdem den betr fenden Ortsvorstand davon in Kenntniß zu setzen, der seinerseits wie die betheiligten Grundbesitzer benachrichtigt. Der Ortsvorstand ka dem Unternehmer einen Taxator zur Seite stellen, der vorkomme Beschädigungen abschätzt. Der abgeschätzte Schaden ist sofort aus zahlen, widrigenfalls der Ortsvorstand auf Antrag der Betheiligten Fortsetzung der Vorarbeiten hindern muß. Zum Betreten von Gebä den und eingefriedigten Hof- und Gartenräumen bedarf der Unterne mer der Einwilligung des Eigenthümers oder der Erlaubniß der Or polizeibehörde; eine Zerstörung von Baulichkeiten, sowie ein Fälle von Bäumen ist nur mit besonderer Gestattung der Bezirksregier zulässig (§ 5).

Das eigentliche Enteignungsverfahren zerfällt in dr Theile: die Bestimmung der Gegenstände der Enteignung, die Festste lung der Entschädigung und die Vollziehung der Enteignung.

Das Verfahren beginnt mit der Aufstellung eines Planes, der von der competenten Behörde zu prüfen und zu genehmigen is Der Unternehmer hat für jeden Gemeinde- und Gutsbezirk einen Au zug aus demselben anzufertigen und der Regierung oder dem Regie rungspräsidenten vorzulegen. Dieser Auszug wird während einer Ze von vierzehn Tagen zu Jedermanns Einsicht offen gelegt, und es hab sowohl die Betheiligten als der Vorstand des Gemeinde- und Guts

...es das Recht, innerhalb dieser Frist Einwendungen zu erheben. Einwendungen werden, nöthigenfalls an Ort und Stelle, vor einem der Bezirksregierung, bez. dem Regierungspräsidenten zu ernennen-Commissar erörtert. Letzterer hat die Verhandlung der Regierung, dem Verwaltungsgericht vorzulegen, welche Behörde:

1. den Gegenstand der Enteignung, die Größe und die Grenzen des abzutretenden Grundbesitzes, die Art und den Umfang der aufzulegenden Beschränkungen, sowie auch die Zeit, innerhalb deren längstens vom Enteignungsrechte Gebrauch zu machen ist,
2. die Anlagen, zu deren Errichtung und Unterhaltung der Unternehmer verpflichtet ist,

...elst motivirten Beschlusses feststellt. Gegen diese Entscheidung steht ...n Betheiligten der Recurs an die vorgesetzte Ministerialinstanz offen (15, 18—22).

Es folgt nunmehr das Entschädigungsverfahren. Der An...g auf Feststellung der Entschädigung ist vom Unternehmer schriftlich ... der Bezirksregierung, bez. dem Regierungspräsidenten einzubringen; ...nselben ist ein beglaubigter Auszug aus dem Grundbuch, wo aber ...n solches nicht vorhanden ist oder nicht ausreicht, eine Bescheinigung ...s Ortsvorstandes oder der sonst zur Ausstellung solcher Bescheinigun...n berufenen Behörde über den Eigenthumsbesitz und die bekannten ...alrechte beizufügen. Gleichzeitig hat die Grundbuchbehörde eine Ver...rkung über das eingeleitete Enteignungsverfahren im Grundbuche ein...tragen. Es tritt nun zunächst eine commissarische Verhandlung mit ...n Betheiligten ein. Zu dieser hat der Commissar den Unternehmer ...nd den Eigenthümer speciell zu laden und darauf zu achten, daß das Verfahren gegen den wirklichen Eigenthümer gerichtet wird. Von den Nebenberechtigten werden nur diejenigen, welche sich zur Theilnahme an dem Verfahren gemeldet haben, persönlich, alle andern durch öffentliche Bekanntmachungen geladen. In dem Termine kann jeder Berechtigte ein Interesse an der Feststellung, Auszahlung und Hinterlegung der Entschädigung geltend machen; das Ausbleiben hat zur Folge, daß über alle diese Fragen ohne sein Zuthun entschieden wird. Hier muß auch der Grundeigenthümer seine Anträge auf vollständige Uebernahme eines theilweise in Anspruch genommenen Grundstückes anbringen. Zu der commissarischen Verhandlung sind Sachverständige zuzuziehen. Diese ernennt die Regierung, bez. der Regierungspräsident; es steht jedoch den Betheiligten zu, sich vor dem Abschätzungstermine über Sachverständige

zu einigen und dieselben dem Commissar zu bezeichnen. Die Sachverständigen müssen die Eigenschaften eines völlig glaubwürdigen Zeugen besitzen und dürfen nicht selbst von der Enteignung betroffen werden. Sie geben ein Gutachten ab, über welches den Parteien Gelegenheit geboten werden muß, sich auszusprechen. Die Feststellung der Entschädigung erfolgt durch einen motivirten Beschluß der Regierung, bez. des Verwaltungsgerichtes. Dieser hat die Höhe der Entschädigung, die zu bestellende Caution, die Pflicht des Unternehmers zur Uebernahme von Restgrundstücken und die Entschädigungssummen für die Nebenberechtigten, welche nicht bereits in der dem Eigenthümer gewährten Entschädigung enthalten sind, zu bestimmen. Falls die Nebenberechtigten lediglich auf die dem Eigenthümer zugebilligte Summe angewiesen werden, hat die Regierung oder das Verwaltungsgericht auf Antrag des Eigenthümers oder des Nebenberechtigten das Antheilsverhältniß des letzteren an der Entschädigung festzusetzen, vorausgesetzt, daß die Berechtigung selbst eine unbestrittene ist. Streitigkeiten über den Bestand und den Umfang dieser Berechtigungen sind dagegen stets im gerichtlichen Verfahren zu erledigen[121]). Gegen die Entscheidung der Regierung oder des Verwaltungsgerichtes kann innerhalb sechs Monaten nach Zustellung des betreffenden Beschlusses der Rechtsweg beim Gericht der belegenen Sache beschritten werden. Wegen solcher nachtheiligen Folgen, welche erst nach dem zum Zweck der commissarischen Verhandlung mit den Entschädigungsberechtigten abgehaltenen Termine erkennbar werden[122]), bleibt dem Entschädigungsberechtigten bis zum Ablauf von drei Jahren nach der Ausführung des Theiles der Anlage, durch welche er benachtheiligt wird, ein im Rechtswege verfolgbarer persönlicher Anspruch gegen den Unternehmer vorbehalten (§§ 24—31).

Die Vollziehung der Enteignung darf erst stattfinden, wenn eine rechtskräftige Entscheidung über die Entschädigung vorliegt und die Entschädigungs- oder Cautionssumme entweder gezahlt oder hinterlegt ist (§ 32). Eine Hinterlegung muß erfolgen:

1. wenn neben dem Eigenthümer Entschädigungsberechtigte vorhanden sind, deren Ansprüche an die Entschädigungssummen zur Zeit nicht feststehen,

---

[121]) Vgl. Commissionsbericht des Abgeordnetenhauses vom 19. December 1873, zu § 30.

[122]) Ueber die Frage, auf welche Nachtheile sich diese Bestimmung bezieht, vgl. Dalcke a. a. O. Anm. 82, S. 112.

2. wenn das betreffende Grundstück Fideicommiß oder Stammgut ist, oder im Lehn- oder Leiheverbande steht,
3. wenn Reallasten, Hypotheken oder Grundschulden auf dem betreffenden Grundstück haften (§ 37).

Die Hinterlegung bleibt jedoch ausgeschlossen in Bezug auf solche Entschädigungen, welche lediglich die laufenden Nutzungen ersetzen sollen und bei theilweisen Enteignungen, wenn die in Betracht kommende Summe im Verhältniß zum Gesammtwerthe des Grundbesitzes eine unbedeutende ist, nach näherer Bestimmung des § 38.

Ueber das Verfügungsrecht hinsichtlich dieser hinterlegten Summen bestehen folgende Grundsätze:

1. War das enteignete Grundstück Fideicommiß oder Stammgut oder stand dasselbe im Lehn- oder Leiheverbande, so ist der Besitzer nur nach den Vorschriften zu verfügen berechtigt, welche in den verschiedenen Landestheilen für die Verfügungen über derartige Güter und die an ihre Stelle tretenden Capitalien maßgebend sind (§ 47).
2. War das enteignete Grundstück mit Reallasten, Hypotheken oder Grundschulden belastet, so kann der Eigenthümer über die Entschädigungssumme nur verfügen, wenn die Realberechtigten einwilligen (§ 48).

Die Hypotheken- und Grundschuldgläubiger haben in diesem Falle Anspruch darauf, aus der Entschädigung in derselben Reihenfolge befriedigt zu werden, wie bei nothwendigen Subhastationen aus den Kaufgeldern. Wenn Depositalzinsen gezahlt werden, so kommen ihnen diese auf die entsprechende Quote ihres Capitals zu, sonst haben sie keinen Anspruch auf Zinsen. Reallasten sind nach den bei Subhastationen maßgebenden Grundsätzen zu capitalisiren.

Der Eigenthümer ist jedoch in diesen beiden Fällen befugt, wegen Auszahlung oder Verwendung der hinterlegten Entschädigungssumme die Vermittelung der Auseinandersetzungsbehörden für Regulirung gutsherrlicher und bäuerlicher Verhältnisse, Ablösungen und Gemeinheitstheilungen in Anspruch zu nehmen (§ 49), namentlich vermittelst des Nachweises, daß er durch Meliorationen den Werth des Restgrundstückes um mehr erhöht habe, als die deponirte Entschädigungssumme für den im Wege der Enteignung davon abgetrennten Theil beträgt, zur freien Disposition über die hinterlegte Summe zu gelangen[123]).

[123]) Vgl. Commissionsbericht des Abgeordnetenhauses vom 4. März 1872, zu § 49.

In dringlichen Fällen kann die Regierung bez. das Verwaltungsgericht auf Antrag des Unternehmers anordnen, daß die Enteignung noch vor Erledigung des Rechtsweges erfolgen soll. Es muß jedoch die durch Beschluß der Regierung oder des Verwaltungsgerichtes festgestellte Entschädigungs- oder Cautionssumme gezahlt oder hinterlegt worden sein, die Anordnung kann unter Umständen auch von der vorgängigen Leistung einer besonderen Caution abhängig gemacht werden, und jeder Betheiligte ist nach Bekanntmachung des die Dringlichkeit aussprechenden Beschlusses berechtigt zu verlangen, daß vor Vollziehung der Enteignung eine gerichtliche Feststellung des Zustandes von Gebäuden und künstlichen Anlagen stattfinde. Gegen den die Dringlichkeit aussprechenden Beschluß steht innerhalb dreier Tage der Recurs an die vorgesetzte Ministerialinstanz offen. Wird im Rechtswege der Betrag der Entschädigung erhöht, so muß vom Tage der Enteignung an der noch nicht bezahlte oder deponirte Theil der Entschädigungssumme mit 5 Procent verzinst werden. Erfolgt dagegen eine Herabsetzung des Betrages, so erhält der Unternehmer den gezahlten Mehrbetrag ohne Zinsen, den hinterlegten Mehrbetrag aber mit den davon in der Zwischenzeit etwa aufgesammelten Depositalzinsen zurück (§§ 34—36).

Von den allgemeinen Bestimmungen über das Verfahren ist, abgesehen von den Vorschriften über Vorladungen und Zustellungen (§ 39) und der Befreiung des Fiscus von jeder Caution (§ 41), noch besonders erwähnenswerth, daß nach § 40 Gerichte und Verwaltungsbehörden die Beweisfrage unter Berücksichtigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung zu entscheiden haben. Damit soll den genannten Behörden namentlich auch die Befugniß beigelegt sein, das Ergebniß der Begutachtung durch Sachverständige nach freiem Ermessen zu würdigen, dasselbe gilt übrigens auch hinsichtlich des etwa zu erhebenden Zeugenbeweises[124]).

Ueber die Kosten bestimmt das Gesetz Folgendes. Die des administrativen Verfahrens — sowohl des über die Enteignung, als über die Entschädigung — trägt der Unternehmer, ebenso die des processualischen in erster Instanz, wenn er selbst auf gerichtliche Entscheidung angetragen hat. Im Uebrigen gelten hinsichtlich der gerichtlichen Kosten

[124]) In diesem Sinne ist der Paragraph von der Commission des Abgeordnetenhauses in der Session 1871/72 angenommen worden, von welcher die jetzige Formulirung herrührt (Commissionsbericht vom 4. März 1872, zu § 40).

die gewöhnlichen processualischen Grundsätze. Die Kosten des Verfahrens zur Feststellung von Gebäuden und künstlichen Anlagen hat der Antragsteller vorzuschießen, vorbehaltlich der definitiven Entscheidung darüber im nachfolgenden Rechtsstreit. Eine ausgedehnte Gebühren- und Stempelfreiheit ist für Enteignungssachen bewilligt worden (§§ 43, 30).

11.

Das Gesetz enthält einige besondere Bestimmungen über die **Entnahme von Wegebaumaterialien von fremden Grundstücken**[125]). Diese darf nicht etwa als eine Enteignung von beweglichen Sachen aufgefaßt werden, das Recht sich dieselben anzueignen, wird vielmehr vom Gesetze als eine Servitut angesehen[126]), eine Auffassung, welche durchaus den Grundsätzen sowohl des gemeinen Rechtes[127]), als des Allgemeinen Landrechtes[128]), als endlich des französischen Rechtes[129]) gemäß ist. Der Anspruch auf Entnahme der Wegebaumaterialien aus fremden Grundstücken steht dem Wegebaupflichtigen nur unter der doppelten Voraussetzung zu, daß er sie in brauchbarer Beschaffenheit und angemessener Nähe auf eigenen Grundstücken nicht för-

---

[125]) Die ursprüngliche Regierungsvorlage hatte keine derartige Vorschriften und ging nach Ausweis der Motive von der Ansicht aus, daß die durch die Cabinetsordre vom 11. Juni 1825 ausgesprochene Verpflichtung zur unentgeltlichen Hergabe von Feldsteinen und Kies zum Chausseebau durch das neue Gesetz nicht berührt würde (Regierungsvorlage vom 2. November 1868, Motive zu § 50). Commission und Plenum des Herrenhauses sprachen sich dagegen für Aufhebung derselben aus (Commissionsbericht vom 14. December 1868, zu § 52, Sitzung am 18. December 1868, Sten. Ber. S. 112; Commissionsbericht vom 16. November 1869, zu § 45, Sitzung am 19. November 1869, Sten. Ber. S. 92). Die Commission des Abgeordnetenhauses wollte zwar keine völlige Aufhebung der älteren Bestimmungen, wohl aber eine Vergütung für die Materialien, soweit sie nachweislich einen Verkaufswerth hätten (Commissionsbericht vom 29. Januar 1870, zu § 47). In Folge dieses Beschlusses sah sich die Regierung veranlaßt, den betreffenden Gegenstand ausführlicher zu regeln. Die Regierungsvorlage vom 1. Mai 1871 enthielt im Titel V. eine Reihe von Bestimmungen, welche mit geringen Modificationen in das gegenwärtige Gesetz übergegangen sind.

[126]) Regierungsvorlage vom 1. Mai 1871, Motive zu Titel V.

[127]) § 2 Inst. de serv. (2, 3) L. 1, § 1; 5, § 1; 6, § 1 Dig. de serv. praed. rust. (8, 3).

[128]) Allgemeines Landrecht Th. I, Tit. 22, § 241.

[129]) Code civil Art. 637 u. 649.

dern kann, und daß der Eigenthümer sie nicht selbst gebraucht. Er ist in diesem Falle dem Eigenthümer zur Entschädigung verpflichtet. Die Höhe dieser bestimmt sich gewöhnlich nach dem Werthe der entnommenen Materialien, ohne Berücksichtigung des Mehrwerthes, welchen sie durch den Wegebau erhalten. Werden jedoch durch Ersatz des Werthes der dem Grundstück zugefügte Schaden, sowie die bereits aufgewandten Werbung-, Sammlungs- und Bereitungskosten nicht gedeckt, so hat der Wegebaupflichtige statt Prästirung des Werthes hierfür Ersatz zu leisten. Die Abnahme des ganzen Grundstückes kann der Eigenthümer fordern, wenn einmal das Grundstück zur Gewinnung der Materialien hauptsächlich bestimmt ist, und außerdem entweder diese für den Wegebau in solchem Maße in Anspruch genommen werden, daß eine ergiebige Benutzung des Grundstückes nicht mehr möglich erscheint, oder die Eigenthumsbeschränkung länger als drei Jahre dauert (§ 50—52).

Das Verfahren ist ein abgekürztes, insofern der Landrath, Kreis- oder Amtsausschuß, Magistrat oder die betreffende Obrigkeit sowohl die einzuräumenden Rechte als die Entschädigung feststellt.

Gegen die Entscheidung über die abzutretenden Rechte kann Recurs an die Regierung mit aufschiebender Wirkung ergriffen, gegen die über die Entschädigung der Rechtsweg ohne aufschiebende Wirkung beschritten werden.

Die Einweisung in das Grundstück darf aber nur nach erfolgter Zahlung oder Sicherstellung der Entschädigung stattfinden (§§ 53, 56).

12.

Eine wichtige Frage ist endlich noch die, welchen Rechtsschutz der Expropriat genießt, wenn der Expropriant oder die Staatsbehörden, welche die Enteignung leiten, ihre Befugnisse überschreiten. Das vorliegende Gesetz hat diese Frage nicht ausdrücklich entschieden[180]). Es sind dabei folgende Grundsätze als maßgebend zu erachten.

---

[180]) Die Commission des Abgeordnetenhauses in der Session 1873/74 hat die Frage erörtert, wegen der großen Schwierigkeiten jedoch von einer gesetzlichen Lösung abgesehen. Der Commissionsbericht vom 19. December 1873 zu § 5 sagt darüber: „Im Anschluß an § 5 kam auch die Frage zur Erörterung, in welcher Weise die Betheiligten wegen Einhaltung der durch die §§ 2—5 für die Ausübung des Enteignungsrechtes gezogenen Schranken Rechtsschutz zu finden haben. Man war allseitig darin einverstanden, daß gegen mißbräuchliche Ueberschreitung der

Wenn der Exproprіant ein Privater ist und sich Rechte anmaßt, welche ihm nicht zukommen, so liegt ein unberechtigter Eingriff eines Privaten in die privatrechtliche Sphäre eines andern vor. Der Exproprіant übt in diesem Falle keine Staatshoheitsrechte aus, sondern will einen privatrechtlichen Eigenthumserwerb — allerdings auf Grund eines öffentlich rechtlichen Titels — vornehmen. Seine Handlungen charakterisiren sich also als unberechtigte Besitzstörungen; der Expropriat kann dagegen die Hülfe der Polizei anrufen, aber es sind ohne Zweifel auch die Gerichte verbunden, ihn zu schützen, wenn er ihre Hülfe in Anspruch nimmt[131]). Unter diesen Gesichtspunkt ist vor Allem der Fall zu subsummiren, wenn der Exproprіant es versucht sich vor Ausspruch der Enteignung eigenmächtig in den Besitz des betreffenden Grundstückes zu setzen; es sind aber auch andere Handlungen denkbar, für welche dieselben Grundsätze in Anwendung gebracht werden müssen, so z. B. wenn der Exproprіant ohne Genehmigung der Regierung Vorarbeiten vornehmen oder dieselben nach erfolgtem Verbot des Ortsvorstandes fortsetzen will, wenn er Gebäude, eingefriedigte Hof- und Gartenräume ohne Zustimmung des Ortsvorstandes betritt oder Bäume ohne besondere Erlaubniß der Bezirksregierung zerstört oder fällt.

Anders steht es mit solchen Handlungen, welche von staatlichen Organen vorgenommen werden. Der Staat kann im Enteignungsverfahren in zweifacher Eigenschaft in Betracht kommen: entweder als Erwerber des zu enteignenden Gegenstandes, als Exproprіant, oder als Ertheiler des Expropriationsrechtes und Leiter des betreffenden Verfahrens.

Insofern der Staat in letzterer Eigenschaft thätig ist, handelt es sich lediglich um die Ausübung staatlicher Hoheitsrechte, um Acte, welche ausschließlich öffentlich rechtlicher Natur sind. Unter diesen Gesichtspunkt fällt die Ertheilung des Expropriationsrechtes, die Leitung des Enteignungs- und Entschädigungsverfahrens, die Bestimmung der zu enteignenden Gegenstände, die Festsetzung der Entschädigung und das

---

dem Unternehmer eingeräumten Befugnisse in erster Linie polizeilicher Schutz angerufen werden könne. Ein weiterer Versuch, zugleich die Schranken zu bestimmen, innerhalb welcher der principiell gleichfalls allseitig nicht für ausgeschlossen erachtete Rechtsweg zulässig sei, ergab bei der Besprechung solche Schwierigkeiten, daß ein hierauf zielender Antrag zurückgezogen wurde.

[131]) Vgl. Dalcke a. a. O., Anm. 108, S. 131 und die daselbst angeführten Erkenntnisse des Obertribunals.

Aussprechen der Enteignung. Eine Ueberschreitung der Befugnisse und Nichtbeachtung der rechtlichen Schranken kann hier in vielfacher Weise vorkommen. Eine solche würde z. B. vorliegen, wenn eine Regierung Jemandem das Recht der Entziehung oder dauernden Beschränkung des Eigenthums für andere Zwecke als Wegebau ertheilte oder das Enteignungsrecht beim Wegebau auch auf das innerhalb der Städte und Dörfer belegene und mit Gebäuden besetzte Grundeigenthum ausdehnte, wenn sie bei Gestattung der Vorarbeiten trotz des Verlangens der Betheiligten den Unternehmer nicht zur Stellung einer Caution anhielte, oder es zuließe, daß der Unternehmer bereits vor Bestellung der Caution Vorarbeiten vornähme, wenn sie die Bekanntmachung der stattfindenden Vorarbeiten oder wenn der Ortsvorstand die Benachrichtigung des Expropriaten versäumte, wenn der Ortsvorstand die Fortsetzung der Vorarbeiten nicht hinderte, trotzdem der Exproprîant sich weigert, den verursachten Schaden zu ersetzen, wenn die Formen des Enteignungsverfahrens verletzt, z. B. ohne Aufstellung oder Bekanntmachung eines Planes verfahren, die Aufnahme einzelner zu enteignender Grundstücke in denselben versäumt, keine Gelegenheit zu Einwendungen gegeben würde, keine Erörterung über diese Einwendungen stattfände, die Mittheilung der Entscheidung über die Enteignungsobjecte unterbliebe, die Einleitung des Entschädigungsverfahrens erfolgte, ehe die zu enteignenden Objecte definitiv feststehen, z. B. vor Erledigung des Recurses an die Ministerialinstanz, wenn die Enteignung vor Zahlung oder Deponirung der Entschädigung, bez in dringlichen Fällen vor Feststellung der Gebäude und künstlichen Anlagen ausgesprochen würde. In allen diesen Fällen wäre keine unerlaubte Besitzstörung durch einen Privaten, sondern ein Eingriff in die Privatsphäre in Folge der Ausübung staatlicher Hoheitsrechte vorhanden.

Jeder derartige Eingriff kann natürlich, soweit die Verfügung von der Regierung, bez. dem Regierungspräsidenten ausgegangen ist, zweifellos durch einen Recurs an die vorgesetzte Dienstbehörde, namentlich die betheiligte Ministerialinstanz beseitigt werden, während ein solcher bei Verfügungen des Verwaltungsgerichtes, soweit er nicht im Gesetze ausdrücklich vorbehalten, nicht als zulässig erscheint[132]).

[132]) Kreisordnung für die Provinzen Preußen, Brandenburg, Pommern, Posen, Schlesien und Sachsen vom 13. December 1872, § 194. Hohenzollernsche Amts- und Landesordnung vom 2. April 1873, § 90.

Die Beschreitung des Rechtsweges gegen eine derartige Verfügung ist nach Lage der preußischen Gesetzgebung nur gestattet, insofern der Einzelne auf Ersatz des ihm durch einen solchen unberechtigten Eingriff der Verwaltung in seine Rechte erwachsenen Schadens klagen kann. Dagegen sind die Gerichte keineswegs in der Lage, eine der oben angeführten Handlungen der Verwaltungsbehörden zu verhindern oder eine Aufhebung des durch diese herbeigeführten Zustandes anzuordnen[183]).

Wenn ein staatliches Organ seine Befugnisse nicht als Leiter der Enteignungsverhandlungen, sondern als Erwerber der betreffenden Sache, als Expropriant, überschreitet, also namentlich wenn es eigenmächtig vor Bezahlung oder Deponirung der Entschädigung, bez. vor erfolgtem Ausspruch der Enteignung von dem betreffenden Gegenstande Besitz ergreift, so könnte man geneigt sein, hier eine unbedingte Verpflichtung der Gerichte zum Besitzschutz genau so, wie sie gegenüber dem verletzenden Privaten besteht, anzunehmen. Diese Auffassung ist jedoch nur in dem Falle zutreffend, wenn eine rein fiscalische oder technische Behörde, z. B. eine Eisenbahn- oder Telegraphenbehörde, sich eine derartige Ueberschreitung erlaubte. Verfährt dagegen eine Behörde, welche mit der Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse betraut ist, z. B. eine Polizei- oder Militairbehörde, in dieser Weise, so liegt die Angelegenheit anders. Die Thätigkeit derselben kann durch Gründe des Staatswohles, durch Gebote einer höheren Nothwendigkeit, vielleicht durch das Vorhandensein eines Nothstandes bestimmt werden; deshalb findet hier der richterliche Schutz keine unbedingte Anwendung. Es ist vielmehr auch hier der § 4 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 maßgebend, welcher eine Wiederherstellung des früheren Zustandes nur mit Genehmigung der betreffenden Behörde gestattet und bloß über den Betrag der Entschädigung den Rechtsweg eintreten läßt.

Unbedingt zulässig erscheint dagegen der Rechtsweg gegenüber dem Exproprianten, sei dieser ein Privatmann oder der Staat, sofern es sich um die rein privatrechtlichen Verpflichtungen desselben, namentlich um die Zahlung der Entschädigung handelt. Der Rechtsweg ist einmal in Bezug auf die Höhe der Entschädigung nachgelassen (§§ 5 u. 30), außerdem dann, wenn der Expropriant die Entschädigung zu bezahlen sich weigert, also:

---

[183]) Gesetz über die Zulässigkeit des Rechtsweges in Beziehung auf polizeiliche Verfügungen, vom 11. Mai 1842, § 4.

1. wenn er den bei Gelegenheit der Vorarbeiten zugefügten Schaden dem davon Betroffenen nicht ersetzen will,
2. wenn er, nachdem er vor Festsetzung der Entschädigung von der Erwerbung der betreffenden Grundstücke freiwillig zurückgetreten oder sein Enteignungsrecht in Folge von Zeitablauf erloschen ist, sich weigert Schadensersatz für die zugefügten Nachtheile zu leisten,
3. wenn er nach Festsetzung der Entschädigung der Aufforderung des Eigenthümers auf Uebernahme des Grundstückes gegen Zahlung der Entschädigung oder Ersatzleistung für die durch das Enteignungsverfahren herbeigeführten Nachtheile nicht Folge leistet.

In Bezug auf die beiden letzteren Fälle ist der Rechtsweg sogar durch eine ausdrückliche Bestimmung des § 42 vorbehalten [184]).

---

[184]) Vgl. Anm. 79.

XV.

Ueber den Satz: „Animo retinetur possessio."

Von Herrn Professor Dr. Schirmer in Königsberg.

Die Urheberschaft dieses Satzes fällt, so viel ich sehe, dem Proculus zu; er hatte ihn bezüglich der saltus aestiui und hiberni aufgestellt, und in dieser beschränkteren Fassung war die Regel zu einer Art Rechtsparömie geworden. Indessen sollte dieser Wortlaut die Anwendung derselben natürlich nicht auf den einen genannten Fall einengen, sondern allgemein unter gleichartigen Verhältnissen Gebrauch von ihr gemacht werden. Dies wenigstens war die Auffassung der späteren klassischen Juristen. Das Alles bezeugt uns Ulpian in

> L. 1 § 25 D. de ui 43. 16. Quod uolgo dicitur, aestiuorum hibernorumque saltuum nos possessiones animo retinere, id exempli causa didici Proculum dicere; nam ex omnibus praediis, ex quibus non hac mente recedemus, ut omisisse possessionem uellemus, idem est (cf. L. 27 D. de poss. 41. 2),

sofern wir die Florentinische Lesart zu Grunde legen. Allerdings conjicirt Mommsen, gestützt auf ein Basilikenscholion, zu dieser Stelle (Lib. 60, Tit. 17, cap. 7, ed. Heimbach Tom. V, p. 577, No. 38): „id exempli causa dici, didici Proculum dicere," und damit wäre dann erwiesen, daß unser Satz älter sein müsse als Proculus. Doch bleibt der Mommsenschen Ergänzung gegenüber, so viel auch im Uebrigen für sie spricht, immer noch ein Bedenken zurück, der völlig ungewöhnliche Gebrauch des „didici." Es würde sich hier doch um eine schriftliche Meinungsäußerung des Proculus handeln, — sonst würde dixisse oder dicere solitum gesetzt sein, cf. Gell. N. A. VI. 15 § 1, XVII. 7 § 3, — also um ein Citat desselben nach einer

Schulreminiscenz. Dieser Sinn läßt sich aber wohl kaum mit didici verbinden. Quantum repeto (L. 14 D. de jur. cod. 29, 7), scio (L. 80, § 2 D. C. E. 18, 1) würden da am Platze sein; didici dagegen findet sich sonst ausschließlich da, wo die Ueberlieferung eines Lehrsatzes, einer bestimmten Auffassung in Frage kommt. Man vergleiche L. 50 D. de minor. 4, 4: „Ego didici — tu quid de eo putas, uelim rescribas." L. 5 D. de oper. seru. 7, 7. — „et ego didici et Julianus existimat." L. 15 D. de neg. gest. 3, 5: „Hoc et ego uerius esse didici." Fr. Vat. § 50: „Pomponius putat — ego didici." Ebenso das analoge „et Proculo placebat, et a patre sic accepi" in L. 20, D. de leg. II, 31. Und ganz entsprechend wäre in unserem Fragmente nach der Florentina zu übersetzen: „Mir ist gelehrt, daß Proculus in jener Rechtsparömie die Weiden nur beispielsweise genannt habe." — Wie dem nun aber auch sein möge, immer ist Proculus der älteste Jurist, dessen Name mit dem Satze „animo retinetur possessio" in Verbindung gebracht wird. Für einen anderen verwandten Satz: „animo acquiritur possessio" ist indessen bezeugt, daß bereits Labeo ihn versuchsweise hingestellt, jedoch als ungenaue Formulirung sofort wieder hat fallen lassen. (L. 51 D. de poss. 41, 2). Nichtsdestoweniger ist auch ihm bei den Späteren die Bedeutung einer Rechtsregel zu Theil geworden, wie nicht allein die mit den Worten „in eo puto hanc quaestionem consistere" beginnenden Ausführungen des Javolenus in dem citirten Fragmente, sondern noch entschiedener der Umstand darthut, daß Ulpian in L. 34 pr. D. eod. sich desselben in seiner Argumentation bedient. Vgl. ferner L. 30, § 5 D. h. t., L. 9, § 9 D. R. C. 12, 1 und über das Verhältniß des Proculus zu dieser zweiten Regel L. 3, § 3 D. de poss. — Beide Sätze, die demnach vorzugsweise in der Proculeianischen Schule zur Besprechung und Ausbildung gelangt sein dürften (auch das Citat aus Celsus in L. 34, pr. D. cit. ist in dieser Beziehung nicht ohne Bedeutung) gehören nur ausschließlich dem Gebiete des materiellen Besitzrechtes an. Dies ist m. E. namentlich deshalb entschieden zu betonen, damit nicht, wie wohl geschehen (s. besonders Bruns Bes. kl. p. 137), die Consequenzen aus dem „animo retinetur possessio" in engere Verbindung mit der „exceptio uitiosae possessionis" gebracht werden, als sich dies nach dem uns vorliegenden Quellenmaterial rechtfertigen läßt. — Es handelt sich mit einem Worte höchstens um äußere Aehnlichkeiten, es fehlt aber aller innere, genetische Zusammenhang. — Die nächste Folgerung

[...]s unserem Satze, diejenige, um deren Willen er seine eigenthümliche [...]ssung erhalten hat, ist die, daß, was animo solo behalten werde, [...]ch nur animo solo verloren gehen könne. Daß also eine Bemächti[...]ung des Grundstückes, dessen Besitz „solo animo retinetur," durch [...]nen Dritten den bisherigen Besitz nicht an sich aufhebe, sondern Letz[...]terer nur in Folge veränderten Willensbewußtseins bei dem früheren Besitzer wegfalle. Erst an dieser Stelle treten Spuren einer früheren Meinungsverschiedenheit bei den römischen Juristen hervor; denn das darf wohl als ausgemacht gelten, daß es Niemandem in den Sinn gekommen ist, da eine Besitzunterbrechung anzunehmen, wo Jemand vorübergehend ein Grundstück verläßt, ohne einen Repräsentanten in demselben zu haben. Ersichtlich deutet nun aber auf eine Controverse bezüglich jener Consequenz hin der Sabinianer Pomponius:

> L. 25, § 2 D. h. t.: „Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an uero, quod quasi magis probatur[1]), usque eo possideamus, donec reuertentes nos aliquis repellat."

Mindestens höchst zweifelhaft bleibt es, ob der Sabinianer Gaius diesen probantes, deren Pomponius als der beinahe (quasi) überwiegenden Partei gedenkt, ebenfalls beigepflichtet habe. Die L. 37, § 1, L. 38 D. de usurp. 41, 3 beweist keinesweges dafür. Zwar behauptet Bruns (a. a. O. p. 130), schon aus dem Ausdrucke „possessionem quae uacet" gehe hervor, daß hier von einem zur Zeit der Occupation bereits besitzlosen Immobile die Rede sei. Das heißt mit anderen Worten, wenn ich recht verstehe, possessio bedeute in dieser Zusammenstellung ausschließlich juristischen Besitz. Schon an einem andern Orte (Giess. Zeitschr. N. F. Bd. XI. S. 402, Anm. 14) habe ich einer solchen Interpretation gegenüber auf L. 52, § 2 D. h. t. verwiesen. Der Inhalt des Verbots, ne ingredienti uis fiat, wird hier umschrieben durch „statim cedere aduersarium et uacuam relinquere possessionem iubet." Letzteres bedeutet also lediglich das thatsächliche Räumen des Objectes, wie es auch von dem bloßen Detentor verlangt und gewährt werden kann. In gleicher Richtung ist anzuführen L. 11, § 13 D. A. E. V. 19, 1. Hier hält Neratius die Ver-

[1]) Vgl. magis probatum in L. 16 D. de B. P. 37, 1, rectius probatum est in L. 5, § 3 D. de stat. hom. 1, 5.

pflichtung des Verkäufers zur uacuae possessionis traditio ihrem Wortlaute nach für erfüllt, wenngleich der Käufer noch der Besitzklage eines Dritten ausgesetzt ist, und verlangt daher, jener solle „praestari emtori, ut in lite de possessione potior sit." Erst Julian und Pomponius (L. 3 pr. D. eod.) dehnen den Begriff der uacua possessio so weit aus, um ihre Uebergabe gänzlich in Abrede zu stellen, sobald der Besitz dem Empfänger mittelst einer Besitzklage wieder abgestritten werden kann. Umgekehrt ist es nicht genug, den juristischen Besitz an den Käufer zu übertragen, wenn sich Detentoren finden, die er nicht einfach aus dem Kaufobjecte hinausweisen darf. L. 2, § 1 D. eod., vgl. L. 3, § 23 D. h. t. Es mag endlich noch an die bekannte L. 52, § 1 D. V. O. 45, 1 erinnert werden „si quis uacuam possessionem tradi promiserit, non nudum factum haec stipulatio continebit, sed causam bonorum." Aus alle dem ergiebt sich, daß der Ausdruck uacua possessio ein ziemlich vieldeutiger ist, und je nach dem Zusammenhange, in welchem er auftritt, verschieden ausgelegt sein will. — Nichts nöthigt nun im vorliegenden Falle, an ein besitzloses Grundstück zu denken, wenn man nicht eben die Voraussetzung macht, Gaius erkenne die in Frage stehende Folgerung aus dem Satze „animo retinetur possessio" mit der ungefähren Majorität seiner Zeitgenossen an. Und wenn man dawider etwa noch einwenden wollte, ohne diese Annahme erscheine es ziemlich überflüssig, die thatsächliche Wahrscheinlichkeit der Besitznahme eines fremden Grundstückes ohne Anwendung von Gewalt, erst noch besonders nachweisen zu wollen, so ist darauf zu erwidern, daß es sich hier um eine solche Besitznahme handelt, die zur Vollendung der Usucapion führt, also mindestens zwei Jahre lang ohne jegliche usurpatio Seitens des Eigenthümers geblieben ist. Ich frage weiter, ob eine so weit getriebene Nachlässigkeit des Letzteren, daß man daraus ein Aufgeben des Besitzes mit Sicherheit entnehmen darf, nicht zugleich zu dem Schlusse auf Dereliction der Proprietät berechtigen würde. Und doch soll der Fall factisch so liegen, daß der Occupant sich zweifellos in mala fide befindet (L. 38 D. cit.). Ferner, hat man wirklich mit Jhering (Besitzschutz S. 216) in jeder längeren Abwesenheit ohne Unterschied einen den Besitz aufhebenden Umstand zu erblicken? Kommt man so nicht am Ende gar zu einer Aufhebung des Besitzes durch Verjährung? Oder ist es doch nur wieder die negligentia, und dieser Ansicht ist Bruns (a. a. O. S. 130 Anm.), die man auch in der Abwesenheit als das eigentlich besitzer-

hörende Element zu betrachten hat? Aber welche confuse Darstellung muß man dann dem Gaius zumuthen! Zuerst erwähnt er der Nachlässigkeit, dann des Todes des Besitzers, endlich der Abwesenheit als eines Umstandes, „aus dem jene indirect entnommen werden kann.“ — Dazu kommt noch eine practische Wahrnehmung. Eine solche negligentia, wie sie hier supponirt wird, findet sich thatsächlich am häufigsten bei einem größeren Gutsumfange hinsichtlich einzelner abgelegener Ecken und Winkel. Sollen diese als besitzlos gelten, während das Ganze, zu dem sie gehören, zweifellos im Besitze steht? Haben die Römischen Juristen den Satz „animo retinetur possessio“ darauf angewendet? Und doch darf man die Gaianische Aeußerung, ohne den Worten irgend Zwang anzuthun, auch auf die Bemächtigung derartiger Theile eines fremden Grundstückes beziehen. — Alle diese Fragen und Bedenken werden vermieden, wenn man den Gaius nicht zu denen zählt, die mit Pomponius die Fortdauer desjenigen Besitzes, der animo retinetur, bis zur Kenntnißnahme der fremden Occupation Seitens des bisherigen Inhabers für ein utilius erklären, und jenes uacare bloß von dem thatsächlichen Leerstehen, ohne alle Rücksicht darauf, ob der juristische Besitz fortdauert oder nicht, versteht.

Die gleiche Stellung zu unserem Satze, wie sie nach Obigem, wenn auch nicht mit voller Evidenz, so doch mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit dem Gaius zugeschrieben werden darf, nahm Labeo ein.

> L. 6, § 1 D. h. t.: „Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et, dum ille a nundinis redit, aliquis occupauerit possessionem, uideri eum clam possidere, Labeo scribit.“ (Vlp. Lib. 70 ad ed.)

Darüber ist denn auch meines Wissens kein Zweifel laut geworden. Und ebenso sicher ist es, daß Papinian, Paullus und Ulpian die von Pomponius zögernder vertretene Anschauung als etwas Selbstverständliches, außer jeder weiteren Controverse Liegendes vortragen, und dabei namentlich den Wortlaut der Regel „animo retinetur possessio“ zum Ausgangspunkt ihrer Argumentationen machen. L. 3, § 7, 8. L. 6, § 1. L. 7. L. 46 D. h. t. Dagegen gehört die L. 18 § 3, 4 D. eod. und die dort berichteten Aeußerungen des Celsus meines Erachtens gar nicht in diesen Zusammenhang.

Von unserem Satze wurde nun weiter Anwendung gemacht auf den Fall des Repräsentations-Besitzes. Verlassen unsere Sklaven, Pächter u. s. w. ein für uns bisher besessenes Grundstück, so verlieren wir

nicht den Besitz daran, sondern „animo retinemus possessionem." Desgleichen, wenn sie sterben.

L. 3, § 8, D. h. t. „Quod si seruus uel colonus, per quos corpore possidebam, decesserint, discesserintue, animo retinebo possessionem" (Paull. Lib. 54, ad Ed.).

Und auch hier ist wieder Proculus der älteste Jurist, bei dem wir in unseren Quellen der gleichen Entscheidung begegnen.

L. 31, D. de dol. mal. 4, 3. „Cum quis persuaserit familiae meae, ut de possessione decedat, possessio quidem non amittitur" — (Procul. lib. II epistol.).

Wogegen der Sabinianer Africanus den Besitz für verloren erklärt, sobald der Pächter das Grundstück verlassen hat. L. 40, § 1, D. h. t. Nur für den Fall, daß letzterer gestorben, nimmt auch er einstweilen noch die Fortdauer des alten Besitzes an. Hier hatte, wenigstens unter gewissen besonderen Voraussetzungen, bereits Labeo in gleichem Sinne entschieden. L. 60, § 1, D. loc. cond. 19, 2. Julian äußert sich direct über unsere Frage überhaupt nicht. Die L. 7, pr. D. pro emt. 41, 4, die von Einzelnen, z. B. Löbenstern in der Gieß. Zeitschr. Bd. 9, p. 389, Anm. 1, zum Beweise dafür angeführt wird, daß Julian die Meinung des Paullus und Proculus getheilt habe, behandelt ja ein von dem vorliegenden völlig verschiedenes Verhältniß, die Fortsetzung der Usucapion trotz der durch den Tod des Besitzers erfolgten Besitzunterbrechung. Es liegt dabei außerordentlich nahe, den Gedankengang Julian's dahin zu ergänzen „da hier einmal ohne Besitz ersessen wird, so kann auch ein solches Ereigniß nicht störend dazwischen treten, welches an sich den Besitz unterbrochen haben würde, wenn es bei Lebzeiten des Verstorbenen vorgekommen wäre." Läßt sich mithin aus dem Julianischen Digestenfragmente irgend etwas schließen, so ist es viel eher die Parteinahme seines Auctors gegen als für Proculus. Dasselbe ergiebt sich argumento a contrario für die Stellung des Sabinianers Pomponius zu unserer Controverse aus

L. 31, D. h. t. „Si colonus non deserendae possessionis causa exisset de fundo et eo redisset, eundem locatorem possidere placet" (Pompon. lib. 32 ad Sabin.).

Es bedarf hiernach wohl kaum noch eines ausdrücklichen Hinweises darauf, daß die eigentliche Heimath unserer Regel in ihrer ge-

sammten Ausdehnung in der Proculeianischen Schule[1]) zu suchen ist, daß die Sabinianische ihr abwehrend gegenüberstand, schließlich aber das „animo retinetur possessio“ während der Blüthezeit der klassischen Jurisprudenz zu widerstandsloser Anerkennung gelangte. Gegen diese Ergebnisse unserer Untersuchung dürfte auch kaum irgend ein Einspruch laut werden. — Bestritten ist es dagegen, ob aus dem „animo retinetur possessio“ auch die Consequenz von den Römischen Juristen gezogen wurde, daß dem Besitzer, dessen Grundstück von seinen Repräsentanten verlassen worden, der Besitz bis zu dem Augenblicke erhalten bleibe, mit welchem ihm die Kenntniß von der fremden Occupation zugeht, wie dies bezüglich des in eigener Person ausgeübten Besitzes der Fall ist. Die weit überwiegende Mehrzahl unserer heutigen Rechtslehrer verneint diese Consequenz und will nicht einmal zugeben, daß auch nur Einzelne unter den Römern so weit gegangen seien. Bereits mit der fremden Bemächtigung sei der von dem Stellvertreter aufgegebene Besitz des Immobile seinem Herrn verloren gegangen. Vgl. v. Vangerow, Pand. § 209. In der That, das ist vorauszuschicken, würde eine derartige Controverse sich nur innerhalb der Proculeianischen Schule und unter den Späteren haben bewegen können, von denen die Proculeianische Lehre in dieser Materie rückhaltslos angenommen ist. Zu ihnen gehört Papinian, und ein Fragment seiner Quästionen kommt hier in erster Linie in Betracht.

L. 44, § 2, D. h. t. „Cum de amittenda possessione quaeratur, multum interesse dicam, per nosmet ipsos an per alios possideremus: nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti uel animo, uel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus. Eius uero, quod serui uel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus“ (Papin. lib. 23, Quaest.).

Indem der Jurist hier auf die Frage nach dem Verluste des Besitzes zu sprechen kommt, macht er auf einige Unterschiede zwischen

[1]) Deshalb erscheint auch die Conjectur van de Water's zu L. 25, § 2, D. h. t. „quod Quinto Mucio probatur“ für quod quasi magis probatur historisch wenig plausibel.

dem in eigener Person und dem durch Stellvertreter geübten aufmerksam. Jenen kann man sowohl animo als corpore verlieren, nicht so diesen. Hier wird der Besitz nur durch Bemächtigung Seitens eines Dritten aufgehoben, und zwar selbst ohne unser Wissen. Zunächst zeigen die Worte der Stelle (digressi, coloni, ingressus), daß in ihr einzig von Grundstücken die Rede ist. Ferner ist es sofort ersichtlich, daß Papinian durchaus nicht beabsichtigt, eine vollständige Aufzählung aller Umstände zu geben, unter denen der Repräsentationsbesitz verloren gehen kann. So führt z. B. Papinian selbst in L. 18 D. de ui 43, 16 aus, wie der Pächter durch Zurückweisung des Käufers den Verpächter dejiciren und sich zum Besitzer machen kann. Man sieht, das „non aliter" darf nicht so ganz allgemein genommen werden; es empfängt seine besondere Beschränkung durch den Zusammenhang der gesammten Erörterung. Der Gegensatz ist eben solo animo; das genügt hier nicht, es muß noch etwas Weiteres hinzukommen; anders wird der Besitz nicht (non aliter) seinem bisherigen Inhaber entzogen. Es ist also ein durchaus fremdes Element, welches man in den Gedankengang des Juristen hineinlegt, wenn man seinen Ausspruch dahin versteht, jedes ingredi müsse den Besitz sofort zerstören. Vangerow und Bruns (a. a. O. S. 114 f.) müssen aber noch einen Schritt weiter gehen und eine Thatsache stillschweigend supponiren, deren Papinian mit keiner Sylbe erwähnt, ja deren Annahme der buchstäbliche Wortlaut des Fragmentes eigentlich widerspricht. Ein Besitz, den die Repräsentanten aufgegeben haben, auf den die Neueren jene Stelle mit beziehen, ist nicht mehr einer, der serui uel coloni corpore possidetur, sondern, wie ihn Paullus in L. 3, § 8, D. h. t. ganz correct bezeichnet, ein solcher, der durch solche Mittelsleute geübt wurde. (Quod si seruus uel colonus, per quos corpore possidebam — discesserint). Er gilt, wie wir gesehen, als possessio, quae animo retinetur; es erscheint kaum möglich, daß Papinian, indem er in dem unmittelbar Folgenden auf die Verschiedenheiten des Besitzverlustes an Immobilien, die man körperlich inne hat, und denen, wo es an diesem körperlichen Detiniren fehlt, zu sprechen kommt, den Satz „non debet ignoranti tolli possessio, quae solo animo tenetur," als eine unverbrüchliche logische Consequenz aus dem Begriffe dieses Besitzes hätte hinstellen können, wenn er mit den Worten „eamque amitti nobis quoque ignorantibus" einen Fall hätte einschließen wollen, in welchem gleicherweise

possessio animo retinetur. Ich kann daher die L. 44, § 2 cit. nur auf die Fälle noch währenden, wirklichen Repräsentationsbesitzes beziehen; an eine Desertion Seitens der Stellvertreter denkt der Jurist hier gar nicht.

Wir haben indessen, ehe wir weiter gehen, die Papinianische Entscheidung, daß der durch fremde Vermittelung geübte Besitz nicht animo aufgehoben werden könne, noch zu rechtfertigen. Der bei Dereliction und Tradition hervortretende animus non possidendi, sollte man meinen, müsse seine gewöhnliche Wirkung doch auch hier äußern. Mit ein Paar Worten hat schon Cujacius (Recit. solemn. in Paull. Lib. 54 ad ed. ad L. 3, § 8 D. de poss.) unter Berufung auf L. 44, § 2 cit. darauf aufmerksam gemacht, ohne jedoch eine eingehendere Erklärung dafür zu geben. Was nun die Tradition anlangt, brauchen wir nicht weit darnach zu suchen. Papinian selbst giebt uns in L. 18 D. de ui 43, 16 das Nöthige an die Hand: „neque enim ante omissam possessionem uideri, quam si tradita fuisset emtori, quia nemo eo animo esset, ut possessionem omitteret propter emtorem, quam emptor adeptus non fuisset." Also erst in dem Momente, in welchem der Empfänger den Besitz wirklich erlangt, possessionem ingreditur, hört der Besitz des Tradenten auf, nicht schon mit dem bloßen iubere in uacuam possessionem ire; also wie in L. 44, § 2, D. cit. behauptet war, nicht solo animo des bisherigen Besitzers. Freilich ist diese Aeußerung Papinian's und noch mehr die entsprechende des Ulpian in L. 34 pr. D. h. t. von den Zeiten der Glosse her vielfach arg mißverstanden worden. Man hat daraus herauslesen wollen, als ob es im Begriffe der Tradition liege, daß der Tradent seinen Besitz nur bedingungsweise aufgebe, für den Fall, daß der Empfänger ihn erwerbe, daß er also Besitzer bleibe, sofern diesem Erwerbe irgend ein Hinderniß entgegenstehe. Gegen eine so verkehrte Auffassung hätte doch schon die derbe Rectification des Celsus in L. 18, § 1, D. h. t. schützen sollen: „Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter uult quis dimittere, quam si transferat; immo uult dimittere, quia existimat, se transferre." Vgl. auch L. 1, § 4, D. eod. Man übersieht, daß Papinian und Ulpian einerseits, Celsus und Paullus andererseits von zwei ganz verschiedenen Fällen reden; letztere von der Tradition von Hand zu Hand, in re praesenti; erstere von der eines entfernten Objects, von dem bloßen ire iubere in possessionem. Man will bei der Tradition, daß an den Besitz des Gebers der des

Erwerbers sich unmittelbar anschließe; man hat also, wo erst nach einem gewissen Zwischenraum die Besitzergreifung möglich ist, den animus non possidendi vorläufig noch gar nicht, man will den Besitz erst in dem Momente aufgeben, wo jener zugreift. Es handelt sich hier keineswegs um ein bedingtes, sondern einzig um ein zeitlich hinausgeschobenes possidere nolle, nicht um eine Consequenz aus dem Begriffe der Tradition, sondern um das, was die Parteien natürlicher Weise, nach factischer Lage der Sache verständig wollen, nicht um eine juristische Frage, sondern um die nach vernünftiger Auslegung ihrer Willensäußerung. — Wie aber nun bei Dereliction des Repräsentationsbesitzes? Der Besitz unterscheidet sich ja gerade darin vom Eigenthum, daß eine eigentliche Derelictionshandlung bei ihm gar nicht nothwendig ist, um das bestehende Recht zu beseitigen; es genügt der einfache animus non possidendi (L. 17, § 1, D. h. t.). Aber geäußert muß doch auch dieser sein. Das ruhige Fortbestehenlassen der Vertretungsverhältnisse hebt nun aber doch jene Aeußerung ohne Weiteres wieder auf; sie kann daneben unmöglich für ernstlich gemeint angesehen werden. Als solche gilt sie erst dann, wenn auch die thatsächliche Herrschaft nicht ferner in meinem Namen geübt wird. Es tritt hier etwas Aehnliches ein wie bei der Dejection des Besitzers, dessen Leute im Grundstück verbleiben und ihm dadurch den Besitz erhalten (L. 1, § 45, D. de ui 43, 16). So ließe sich denn die materielle Entscheidung Papinian's in L. 44, § 2, D. cit. in ihrer vollen Ausdehnung rechtfertigen, und wir können das Resultat also dahin feststellen, daß das letztgedachte Fragment direct die Frage gar nicht berührt, wann der von dem Repräsentanten verlassene Grundbesitz in die possessio des Occupanten gelangt. Mustern wir also den Rest des Quellenmaterials durch.

Die L. 40, § 1, D. h. t. kann für die Behandlung unserer Zweifelsfrage innerhalb der Proculeianischen Schule selbstverständlich gar nicht in Betracht kommen, da sie ja die Voraussetzungen gänzlich negirt, von denen letztere ausgeht. Für das Pandectenrecht hat sie freilich ihre Bedeutung; diese dürfte sich jedoch darauf beschränken, daß die Consequenz der Proculeianer für den einen Fall, Erledigung des Repräsentationsbesitzes durch den Tod des Stellvertreters, von Justinian abgelehnt wird. — Die L. 33, § 4, D. de usurp. 41, 3 beweist meines Erachtens gar nichts. Einmal liegt die Beziehung auf eine bewegliche Sache nahe (quamdiu res apud creditorem est), vgl.

noch L. 33, § 6 cod. Dann ist der Gläubiger eben nicht Repräsentant des Debitors im Besitze; er besitzt auf eignen Namen. Anomal ist hier die Fortdauer der Usucapion Seitens des Schuldners, so lange der Gläubiger das Pfandobject in Händen hat, allerdings; deshalb ist man aber noch nicht berechtigt, letzteren als Stellvertreter des ersteren zu behandeln, und die über den gewöhnlichen Repräsentationsbesitz geltenden Regeln auch hier zur Anwendung zu bringen oder umgekehrt die hier maßgebenden Normen auf jenen zu übertragen. Von einem animo retinere possessionem in der Person des Schuldners ist hier überall keine Rede; also darf man auch nicht die aus dieser Formel gezogenen Folgerungen hier wiederzufinden erwarten. — Es bleibt demnach nur noch die L. 3, § 9, D. h. t. Daß hier die Florentinische Lesart „tradiderim" beizubehalten ist, darüber braucht man gegenwärtig kaum noch ein Wort zu verlieren. Fraglicher erscheint es, wie man die Verbindung „et si alii tradiderim" mit dem Voraufgehenden aufzufassen habe. Fährt Paullus fort, von dem verlassenen Grundstück zu sprechen, oder stellt er die Tradition zu dem Davongehen der Sklaven in Gegensatz, denkt sich also das Grundstück als noch von ihnen besetzt? Nimmt man das Letztere an, so gilt von dieser Stelle genau dasselbe, wie von der vorher besprochenen Papinianischen, sie berühren das fragliche Verhältniß überhaupt nicht. Hält man das Erste für richtiger, so muß man doch einräumen, daß Paullus sich auf den Satz „nam constat possidere nos, donec aut nostra uoluntate discesserimus, aut ui deiecti fuerimus" nicht zu dem Ende beruft, um die Fortdauer des bisherigen Besitzes bis zu einem bestimmten Punkte, sondern um sein Ende mit einem bestimmten Augenblicke darzuthun, daß man deshalb jenen Satz nicht in dem Sinne darf benutzen wollen, als ob darin nothwendig alle Gründe aufgeführt sein müssen, aus denen der in Rede stehende Besitz möglicher Weise erlöschen kann. — Unsere Quellen bieten uns also keine klare und positive Auskunft darüber, wie weit hier die Proculeianer in ihren Schlußfolgerungen aus dem „animo retinetur possessio" gegangen sind.

Bruns macht nur (a. a. O. S. 118) noch auf ein sachliches Moment aufmerksam. „Der temporären Entfernung des dominus steht nur die temporäre Entfernung des Vertreters analog." — „Wenn aber der Vertreter ohne Wissen des Herrn ganz fortgeht, so ist die Vermittelung des Besitzes ganz aufgehoben, und es hatte daher

seinen guten Grund, wenn die Sabinianer hier ohne Weiteres sofortigen Verlust des Besitzes annahmen. Das Proculeianische Princip der Fortdauer läßt sich zwar damit rechtfertigen, daß der animus des Herrn fortdauere und mit ihm auch die Möglichkeit der Reproduction der Detention, aber in wirklich natürlicher Weise doch nur so lange, als der Besitz nicht in fremde Hände gekommen ist." — Diese ganze Argumentation trifft nun aber die gesammte Proculeianische Lehre, nicht bloß eine einzelne Consequenz derselben. Es ist ja zuzugeben, daß die Proculeianer hier in äußerlich formaler Weise zu Werke gehen; der Eingang dieser Abhandlung sollte uns dies gerade im vollen Umfange erkennen lassen. Aber es steht nun doch einmal fest, daß bei Ausübung des Besitzes in eigener Person dieser nach der Proculeianischen Auffassung fortdauerte, unerachtet ein Dritter sich in Abwesenheit des Besitzers auf dem Grundstücke festgesetzt hatte, und somit von einer „Möglichkeit der Reproduction der Detention" längst keine Rede mehr war; daß die temporäre Abwesenheit des dominus doch auch, man denke an die saltus aestiui und hiberni, eine ganz erkleckliche Ausdehnung erlangen konnte, ohne die Proculeianer in Anwendung ihres Princips im Mindesten stutzig zu machen. Also, frage ich, welchen Grund haben wir, zu behaupten, sie hätten den Besitz, den sie durch die Untreue des Stellvertreters nicht als aufgehoben ansahen, mit der Occupation eines Dritten sofort in Wegfall kommen lassen?

Wenn wir nunmehr an die Interpretation der L. 12 C. de rei poss. VII. 32 herantreten, so thun wir dies nach dem Gesagten mit dem offenen Geständniß, daß die Pandecten uns kein genügendes Material liefern, um uns über den Stand und den Umfang der durch von Justinian entschiedenen Controverse zu unterrichten, und insbesondere zu ersehen, in welchem Augenblick die Proculeianer den von dem Stellvertreter verlassenen Grundbesitz als für den dominus verloren betrachteten, ob mit der fremden Bemächtigung, oder erst mit deren Kenntnißnahme Seitens des Herrn. Wir werden versuchen müssen, diese Lücke in unseren Nachrichten wo möglich aus der Justinianischen Entscheidung selbst zu ergänzen. Wenn es nun dort heißt:

„definimus, ut, siue seruus, siue procurator, uel colonus, uel inquilinus, uel quispiam alius — corporaliter nactam possessionem cuiuscunque rei dereliquerit uel alii prodiderit, desidia forte uel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praeiudicii

generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat,“

ist es klar, daß der Kaiser die fremde Occupation als die von dem untreuen Repräsentanten beabsichtigte Folge seines Wegganges bezeichnet. Kann man nun wohl die Decisivworte des kaiserlichen Erlasses „nihil penitus domino praeiudicii generetur“ auf den Moment der Dereliction allein beziehen, während oben gesagt ist, daß diese mit der nachfolgenden Occupation in unmittelbarem Zusammenhange stehe. Soll der Gesetzgeber, der in seiner Beschreibung der Handlungen, auf welche die Verordnung sich erstreckt, dieselben bis in ihre Wirkungen verfolgt, bei der Abhülfe, die er dawider bietet, von diesen Wirkungen wieder ganz absehen, diese in ungeschwächter Kraft bestehen lassen, seine Gedanken von diesem Wege gleichsam wieder zurücklenken und nicht mehr über die Ursache jener Wirkungen hinausblicken?

In der That sind es vielmehr practische Erwägungen, um deren Willen man sich dagegen sträubt, die Proculeianische Lehre in ihre Consequenzen zu verfolgen und die Justinianische Constitution in dem Sinne auszulegen, den ihr Wortlaut so außerordentlich nahe legt, ich möchte fast sagen, erfordert. „Die Veruntreuung vom Vertreter,“ sagt Bruns (a. a. O. S. 118), „setzt nicht nothwendig eine Collusion des Erwerbers mit dem Vertreter voraus; dieser kann sich auch für den Eigenthümer ausgeben, und der Dritte optima fide die Sache von ihm kaufen. Soll dann der Besitzer das Recht haben, ihn ohne Weiteres mit Gewalt zu vertreiben? Und wenn nun der Besitz vor der Kenntniß des Besitzers in die dritte und vierte Hand kommt, dauert dann Besitz und Vertreibungsrecht auch gegen diese fort? Das wäre ja gegen den ganzen Grundbegriff des Besitzes.“ Diese Ausführungen überschreiten indessen ersichtlich ihr Ziel. Eine Besitznahme in gutem Glauben kann doch auch da vorkommen, wo der Besitzer in eigener Person seinen Besitz ausübte, ohne in dem Grundstücke selbst anwesend zu sein; und selbst ein Uebergang in die zweite oder dritte Hand ist hier eben so gut möglich, wie bei dem von dem Repräsentanten verlassenen Besitze. Man denke an Gegenden mit kleinen Ackerstücken, die im Gemenge liegen; wie leicht kann hier während des Winters ein betrügerischer Nachbar mit seinem eigenen Lande auch fremdes hinzuverkaufen, tradiren, ohne daß der bisherige Besitzer davon erfährt. Wenn man also, wie uns dies bezeugt ist, sich durch practische Rücksichten nicht bestimmen ließ, hier den Besitz des neuen Erwerbers anzuerkennen, so

verlieren dieselben augenscheinlich ihr Gewicht auch gegenüber der Besitzergreifung, die an einem von dem Repräsentanten geräumten Grundstücke stattgefunden hat. Und was die Berufung auf den Grundbegriff des Besitzes anlangt, so darf man doch nicht übersehen, daß gerade die Proculeianische Schule aus den Elementen des Besitzbegriffes heraus logisch folgerichtig argumentirt, daß man demnach höchstens an einem Punkte angelangt ist, wo dieses Rechnen mit Begriffen zu Resultaten führt, die den Verhältnissen des thatsächlichen Lebens nicht mehr gerecht zu werden drohen. — Zu so schneidenden Inconvenienzen müssen die Römer aber auf diesem Gebiete doch nicht gekommen sein, sonst würde sicher die logische Consequenz dem materiellen Bedürfnisse haben weichen müssen. Und da, glaube ich, hat wohl in erster Linie die Erwägung eingewirkt, daß dem Erwerber aus dem vorläufigen Besitzschutze ein definitiver Gewinn doch nicht erwächst, daß ihm dadurch nur ein Aufschub zu Theil wird, der fast zu einer Chicane wider den dominus rei ausartet; daß er wohl selbst dadurch verleitet wird, seine Entschädigung nicht rechtzeitig an der richtigen Stelle einzufordern und geltend zu machen. Man wende nicht ein, das hieße die Eigenthumsfrage in den Besitzstreit hineinziehen. Es handelt sich hier ja bloß darum, inwieweit einer Folgerung aus dem Begriffe des Besitzes um practischer Unzuträglichkeiten halber nicht Statt gegeben werden dürfe.

Schwieriger erscheint es in einer anderen Richtung, das logisch nothwendige Ergebniß der Proculeianischen Auffassung gegen den Vorwurf practischen „Unsinns" in Schutz zu nehmen. Ist der Occupant eines Grundstücks, dessen Besitz animo retinetur, nicht Besitzer, sondern der abwesende Herr hat den Besitz noch behalten, so kann man dies unmöglich mit Bruns als ein relatives Verhältniß bezeichnen (a. a. O. S. 143). Das Recht, eine Einrede vorzuschützen, kann ein relatives sein; dingliche Rechte sind absoluter Natur, und den Besitz zählt doch auch Bruns zu den Sachenrechten. Die Annahme desselben, der Occupant habe den Besitz Dritten gegenüber, der dominus dem Occupanten gegenüber, kehrt mithin doch auf die alte Behauptung einer possessio plurium in solidum zurück. Gerade die Proculeianer verwerfen diese Theorie auf das Entschiedenste. So Labeo in L. 3, § 5 D. h. t., Celsus in L. 5, § 15 D. commod. 13, 6, wogegen Sabinus (L. 3, § 5 D. cit.), Pomponius (L. 15, § 4 D. de prec. 43, 26), Julianus (L. 19 pr. D. eod.) einen solchen Mitbesitz in der einen oder andern Gestalt zuließen. Man muß es daher geradezu für unmöglich erklären,

ß die Proculeianer, indem sie die Fortdauer des bisherigen Besitzes ch der Occupation behaupten, nichtsdestoweniger zugleich den Occu-nten Dritten gegenüber als Besitzer hätten anerkennen wollen. Das leiche gilt von Paullus. — Soll also in der That der Occupant n Angriffen eines Jeden schutzlos ausgesetzt sein? Soll er wirklich ine Klage haben, um sich gegen solche Willkür und Eigenmacht zu rtheidigen?

Indessen völlig schutzlos ist der Occupant Dritten gegenüber auch nn nicht, wenn wir ihm gleich die Besitzinterdicte absprechen. Ein-al würde ihm immer die actio iniuriarum zu Gebote stehen (L. 13, 7 D. de iniur. 47, 10). Ferner dürfte ihm auch die condictio pos-ssionis nicht zu versagen sein, da der Besitz bei dieser Klage nicht s Klagegrund, sondern bloß als Klageobject erscheint (Bruns a. a. O. . 188). Sie muß deshalb auch da gestattet werden, wo die that-chliche Herrschaft im eigenen Namen ausgeübt ist, mag gleich deren ristische Qualification nicht genügen, um die Besitzinterdicte darauf zu ünden. Ja, es läßt sich selbst die Frage aufwerfen, deren Beant-ortung indessen nicht hierher gehört, ob nicht schon der Detentor, der n seiner Inhabung ein directes Vermögensinteresse hat, zur Anstellung er condictio possessionis befugt war. — Es ist endlich daran zu er-nern, daß nach Bruns eigenem Zugeständniß (a. a. O. S. 45) die eisten Besitzprocesse so geführt werden, daß jede Partei sich den Besitz uschreibt, so daß der Gegner des Occupanten factisch selten in der Lage in wird, den Besitz des Gegentheils aus seinem Verhältniß zum Vor-esitzer, also mittelst einer Art von exceptio de iure tertii zu be-reiten.

Demnach dürfte die Proculeianische Theorie auch in ihrer practi-chen Durchführung nicht zu so gar argen Unzuträglichkeiten führen, nd daraus kein Argument wider das aus unserer Quellenexegese ge-onnene Resultat hergeleitet werden, daß die Proculeianische Lehre mit llen ihren Consequenzen in der Justinianischen Compilation, mit ein-iger Ausnahme des in L. 40, § 1 D. h. t. behandelten Falles, durch-edrungen ist.

XVI.

Der Entwurf einer Civilprozeßordnung für das deutsche Reich vom Jahre 1874.

Von Herrn Geheimen Justizrath v. Kräwel in Naumburg.

Diesem Entwurfe ist im Reichstage von den einflußreichsten Rednern so ungetheiltes Lob ertheilt, daß dessen weitere Beurtheilung überflüssig erscheinen könnte.

Auch ergiebt eine Vergleichung dieses Entwurfs mit seinen Vorgängern, daß manche erhebliche Bedenken beseitigt sind. Doch bleibt immer noch mancherlei zu erinnern. Die Aufgabe der Reichstagscommission, welche die letzte bessernde Hand an diesen Entwurf legen soll, ist keine leichte, wenn auch der Entwurf in seinen Grundlagen nicht so vielseitig angegriffen ist, wie der Entwurf der Strafprozeßordnung.

Die Billigung, welche im Allgemeinen der vorliegende Entwurf der Civilprozeßordnung gefunden hat, gestattet uns ohne Weiteres auf die einzelnen Bestimmungen desselben einzugehen. Wir wenden uns zunächst zu den wesentlichen

I. Aenderungen,

welche sich bei der Vergleichung des vorliegenden Entwurfs mit seinem letzten Vorgänger ergeben. Wir finden: er trägt ein deutscheres Gepräge. Noch auf keine Prozeßordnung ist soviel Fleiß und soviel Arbeit verwendet, als auf diese deutsche. Denn der im Jahre 1870 veröffentlichte Entwurf der norddeutschen Kommission benutzte den preußischen Entwurf von 1864 und den Entwurf der Bundescommission zu Hannover vom Jahre 1866 als Vorarbeiten. Der norddeutsche Entwurf

vom Jahre 1870 ist im Jahre 1871 vom preußischen Justizminister umgearbeitet. Ein fünfter Entwurf vom Jahre 1872 rührt von einer demnächst durch den Bundesrath zusammengetretenen Kommission her, so daß der vorliegende, vom Bundesrath selbst abgeänderte schon als der sechste Entwurf anzusehen ist. Als die wichtigsten Aenderungen, welche der vorliegende Entwurf vorgenommen hat, sind in dessen Vorworte hervorgehoben:

1.

Neben der Zustellung durch Gerichtsvollzieher ist die Zustellung durch die Post wieder aufgenommen.

Bereits in dem Jahrgange 1867 dieser Zeitschrift S. 362 und im Jahrgange 1872, S. 8 ff. habe ich hervorgehoben, wie die Zustellung durch die Post seiner Einfachheit und Zuverlässigkeit wegen durch die preußische Gesetzgebung mit Recht im Laufe der Zeit immer weiter ausgedehnt ist. Sie hatte denn auch im norddeutschen Entwurf von 1870 Aufnahme gefunden. Die folgenden beiden Entwürfe wollten dagegen diese Art der Zustellung wieder beseitigen. Deren Wiederaufnahme durch den vorliegenden Entwurf ist deshalb als eine erhebliche Verbesserung anzusehen.

2.

In den letzten Entwürfen war nur gegen die Erkenntnisse der Amtsgerichte die Berufung mit neuen Anführungen gestattet. Gegen die Erkenntnisse der Land- und Handelsgerichte sollte nur die Revision ohne neue Anführungen zulässig sein. Die Revisionserkenntnisse konnten mit der Oberrevision angegriffen werden. Der Bundesrath hat dies in Uebereinstimmung mit dem neunten Juristentage dahin geändert, daß auch gegen die Erkenntnisse der Amts- und Handelsgerichte die Berufung mit neuen Anführungen zulässig sein soll. Die Berufungserkenntnisse unterliegen der Revision ohne neue Anführungen.

Doch ist noch das Eine zu bedenken. Man will also die Berufung mit neuen Anführungen in allen Prozessen ohne Unterschied des Gegenstandes zulassen und sagt in der Begründung zu § 452:

„Der Entwurf kehrt zu dem nach dem kanonischen Rechte (cap. 11 x de appell. 2, 28) festgehaltenen Grundsatze des römischen Rechts (C. 20, Cod. tit. 7, 62) et in majoribus et in minoribus causis appellandi

facultas est, zurück, welcher Satz noch durch die neuern Prozeßgesetzgebungen in Braunschweig, Oldenburg und Mecklenburg aufrecht erhalten ist, wie auch die unbeschränkte Appellation von dem sächsischen und österreichischen Entwurfe § 647 — hier als altes österreichisches Recht, vgl. Bemerkungen zum Referentenentwurf, 1866, S. 87 — vorgeschlagen wird. In den Rechtsgebieten mit beschränkter Appellation ist deren Ausschließung selbst für die sogenannten Bagatellsachen nicht ohne Ausnahme durchgeführt. Es scheiden zunächst die Streitsachen aus, deren Gegenstand in Gelde nicht abzuschätzen ist; weitere Ausnahmen beziehen sich auf nicht vermögensrechtliche und solche Prozesse, deren Gegenstand das öffentliche Recht berührt (vgl. preuß. Ges. v. 24. Mai 1861, betr. Erweiterung des Rechtsweges §§ 4 u. 13, Hannover § 430). Aber auch soweit die Apellation ausgeschlossen ist, erklären die meisten Prozeßgesetze die Entscheidung der ersten Instanz nicht für unanfechtbar. Der preußische Prozeß giebt gegen die Entscheidungen des Bagatellrichters das zuletzt im Gesetz vom 20. März 1854, §§ 5—12 geordnete Rechtsmittel des Recurses. Dieses Rechtsmittel gilt schon nach dem bestehenden preußischen Prozeßrechte als durchaus unbefriedigend; auf ein mündliches Prozeßverfahren ist es unübertragbar, weil es auf dem Aktensystem beruht. Der preußische Entwurf — Motive S. 146 — beseitigt daher den Recurs und beschränkt die Ausschließung der Berufung auf diejenigen Rechtsstreitigkeiten, deren Gegenstand 20 Thaler und weniger beträgt (§ 617). Dessen Motive erwarten von dieser Vorschrift eine Stärkung für die Autorität und das Ansehen der Einzelrichter. Diese Voraussetzung ist sachlich nicht gerechtfertigt und wird von andern Gesetzgebern nicht getheilt, welche vielmehr in Stelle der Berufung ein beschränkteres Rechtsmittel (vgl. Hannover §§ 432, 433, Baden § 1106 ff., Württemberg Art. 724, norddeutscher Entwurf §§ 854, 855) gewähren. Indem der Entwurf diesen principiell falschen, complicirten und bunten Zustand des Prozeßrechts völlig beseitigt, vermeidet er zugleich die zahlreichen und willkürlichen Bestimmungen, so wie die Schwierigkeiten, welche sich an das Erforderniß der Beschwerdesumme anknüpfen und welche dadurch nur vermindert, nicht aber gänzlich erledigt sind, daß entgegen dem gemeinen und preußischen Rechte, sowie den Prozeßordnungen von Baden § 1105, Württemberg Art. 653 und Bayern Art. 658 andere Gesetzgebungen, insbesondere der französische Prozeß, Hannover § 393, das Genfer Gesetzbuch Art. 303, der preußische Entwurf § 617, Hannov. Entwurf § 567, norddeutscher Entwurf § 770 die Berufungs-

umme nicht nach dem Gegenstande der Beschwerde, sondern einfach nach dem Objecte des Rechtsstreites berechnen. Daß in Folge der Abschaffung der Berufungssumme von dem Rechtsmittel im Bereiche der bisher der Berufung entzogenen Sachen ein übermäßiger Gebrauch gemacht werden wird, ist nicht zu besorgen. Die Vorschrift des Anwaltszwanges, die Rücksicht auf den Kostenpunkt und insbesondere der Umfang, in welchem die vorläufige Vollstreckbarkeit zugelassen ist, beugen dem vor."

Diese drei Ursachen hindern jedoch, wie die Erfahrung in Preußen lehrt, die häufige Einlegung ungegründeter Rechtsmittel in ganz geringfügigen Sachen keineswegs. Der preußische Rekurs in Bagatellsachen hindert der Regel nach auch die Vollstreckbarkeit des ersten Erkenntnisses nicht; dies hält aber, so wenig wie der Kostenpunkt, die Rechtsanwälte ab, häufig den Recurs ohne Grund zu erheben. Wie erheblich die preußischen Gerichte mehr belastet werden, wenn die Appellation mit voller Wirkung auch in Bagatellsachen eintreten sollte, das ist daraus zu ersehen, daß das beschränktere Rechtsmittel des Recurses im Jahre 1873 in 18,235 Fällen eingelegt ist und daß davon 13,283 Recurse gleich ohne Mittheilung an den Gegner als unbegründet zurückgewiesen sind.

Das Bedürfniß einer Vereinfachung und Beschränkung des Rechtsmittels in den Bagatellsachen hat die Gesetzgebung in den deutschen Staaten bisher so vielfach anerkannt, daß die gemeinsame deutsche Prozeßordnung diesen Weg nicht verlassen darf. Der Gesetzgeber macht es sich zu leicht, wenn er sich, weil ihm die sachgemäße Regelung der Ausnahme Schwierigkeiten bietet, ohne Weiteres die Regel und ein weitläuftiges Verfahren auch in den Fällen von geringerer Erheblichkeit eintreten läßt, in welchen ein kürzeres Verfahren geboten ist.

Indeß ist auch die Feststellung des Betrags der Beschwerdesumme, wie unsere Erfahrung lehrt, nicht so schwierig. Einer solchen besonderen Feststellung bedarf es nur in äußerst seltenen Fällen. Für diese geben aber die §§ 6 bis 9 des Entwurfs, welche mit den jetzt in Preußen geltenden Vorschriften übereinstimmen und auch nach dem Entwurf für die Zuständigkeit der Amts- und Handelsgerichte maßgebend sind, genügenden Anhalt.

Ganz zweckmäßig erscheint deshalb die Aufnahme des § 828 im norddeutschen Entwurf, welcher lautet:

Gegen Endurtheile der ersten Instanz, welche nicht dem Ein

spruche und wegen Geringfügigkeit des Streitgegenstandes nicht der Berufung unterliegen, findet die Richtigkeitsbeschwerde wegen folgender Richtigkeitsgründe statt:

1. wenn die Vorschriften über die Zuständigkeit oder über die Zulässigkeit des Rechtsweges verletzt sind,
2. wenn die in dem Termine zur mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil erlassen ist, nicht erschienene Partei nicht ordnungsmäßig, insbesondere nicht rechtzeitig geladen war, oder wenn irrthümlich angenommen ist, daß die Partei in dem bezeichneten Termine nicht erschienen sei,
3. wenn die Vorschriften über die Oeffentlichkeit oder die Mündlichkeit des Verfahrens nicht befolgt sind,
4. wenn das Urtheil keine Entscheidungsgründe enthält.

Doch dürften der Nr. 4 noch die Worte hinzuzufügen sein:
oder wenn die gegebenen Entscheidungsgründe an und für sich die getroffene Entscheidung nicht rechtfertigen.

Denn schlechte Gründe sind so gut wie gar keine.

Es finden sich ferner in dem vorliegenden Entwurfe auch noch folgende wesentliche Abänderungen des vorhergehenden Entwurfs:

3.

Nach § 153 des Entwurfs von 1872 mußte jede Partei, welche weder am Orte des Prozeßgerichts, noch innerhalb des Amtsgerichts, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, wohnt, einen daselbst wohnhaften Zustellungsbevollmächtigten ernennen. Dies ändert § 153 des vorliegenden Entwurfs dahin ab, daß in solchem Falle das Gericht nur die Befugniß hat, auf besonderen Antrag anzuordnen, daß der entfernt Wohnende einen solchen Zustellungsbevollmächtigten ernennt.

Damit sind die von mir Bd. VI, S. 5 ff. dieser Zeitschrift hervorgehobenen Uebelstände wenigstens zu einem Theil beseitigt, welche durch die schwerfällige und bei unseren vervollkommneten Posteinrichtungen überflüssige Bestellung eines besonderen Zustellungsbevollmächtigten entstehen.

4.

Ueber die Zustellungen in's Ausland erhielten die früheren Entwürfe von einander abweichende Vorschriften. Der norddeutsche Entwurf stellte den Parteien die Wahl zwischen

der Requisition ausländischer Behörden,
fremden Notaren,
fremden Zustellungsbeamten und
der Post.

Diese Vorschriften gaben zu erheblichen Ausstellungen Veranlassung (vgl. Bd. VI, S. 1 dieser Zeitschrift). Der vorliegende Entwurf vereinfacht dies Verfahren in zweckmäßiger Weise durch den § 175, welcher lautet:

Eine im Auslande zu bewirkende Zustellung erfolgt mittelst Ersuchens der zuständigen Behörde des fremden Staats oder des in diesem Staate residirenden Konsuls oder Gesandten des Reichs.

5.

§ 212 des Entwurfs von 1871 lautete:

Die Klageschrift ist zum Zweck der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung bei dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts einzureichen.

Nach erfolgter Bestimmung des Termins hat der Gerichtsschreiber für die Zustellung der Klageschrift Sorge zu tragen, sofern nicht der Kläger erklärt hat, dies selbst thun zu wollen.

Der § 224 des vorliegenden Entwurfs ändert den zweiten Absatz dieses Paragraphen dahin ab:

Nach erfolgter Bestimmung des Termins hat der Kläger für die Zustellung der Klageschrift Sorge zu tragen.

Dies ist jedoch keine Verbesserung des früheren Entwurfs, wenn auch § 439 des vorliegenden Entwurfs die frühere Vorschrift für das Verfahren vor den Amts- und Handelsgerichten beibehält, der § 224 also nur für den Anwaltsprozeß vor den Landgerichten Geltung haben soll.

Man sieht nicht, warum im Anwaltsprozesse, nachdem die Ladung überreicht ist, der Anwalt in französischer Weise den stockenden Prozeß wieder in Gang bringen und sich erkundigen soll, ob und wann der Termin angesetzt worden. Man belasse es bei dem bisherigen Verfahren, daß ohne Weiteres und von Gerichtswegen die Zustellung erfolgt. In der Anstellung der Klage liegt schon das Verlangen der Zu-

stellung. Soll im Anwaltsprozesse der Kläger für die Zustellung an den Verklagten Sorge tragen, so muß der abwesende Kläger nach dem vorliegenden Entwurf schon zum Zwecke der Zustellung einem Anwalt am Prozeßorte Vollmacht ertheilen, wogegen er dies unterlassen kann, wenn er hofft: der Verklagte werde schon nach Zustellung der Klage derselben genügen oder doch Schritte zur gütlichen Beilegung des Streites thun, so daß es der Abwartung des Termins gar nicht bedürfen wird.

Wozu eine Neuerung, welche nicht ganz unzweifelhaft eine Verbesserung des bisherigen deutschen Verfahrens ist.

6.

Auch darin liegt keine Verbesserung, wenn im § 227 des vorliegenden Entwurfs gesagt ist:

> durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet,

während es früher hieß:

> durch Zustellung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet.

Zwar lautet § 222 des vorliegenden Entwurfs, der jedoch im § 227 nicht allegirt ist:

> Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes.

Die Erhebung der Klage ist aber ein weiterer Begriff als die Zustellung der Klage. Die Zustellung ist erst eine Folge der Erhebung der Klage. Erst wenn die Zustellung in Folge der Erhebung der Klage bewirkt ist, tritt die Rechtshängigkeit ein. Deshalb ist die frühere Fassung richtiger und verständlicher.

7.

Von großer Erheblichkeit sind die Verbesserungen, welche der Bundesrath im vorliegenden Entwurf in Beziehung auf die Eventualmaxime vorgenommen hat.

Die vorhergehenden beiden Entwürfe erklärten dieselbe für ganz unvereinbar mit dem neuen, auf der reinen Mündlichkeit beruhenden Verfahren. So heißt es im § 6 der Begründung der beiden Entwürfe von 1871 und 1872:

„Den Parteien steht es frei, Rechtsbehelfe jeder Art, insbesondere

Einreden, Repliken, Dupliken, Widerklagen und Beweise, wie beim Beginn, so auch im ganzen weiteren Verlaufe einer bestimmten mündlichen Verhandlung vorzubringen. Dieser Gedanke hat, von Ausnahmen abgesehen, in allen Gesetzeswerken, welche auf Mündlichkeit des Verfahrens in der einen oder anderen Gestalt beruhen, Geltung, obwohl er in dem Code de procédure civile und den ihm folgenden Gesetzeswerken, ja selbst in der bürgerlichen Prozeßordnung für das Königreich Bayern, keinen besonderen Ausdruck gefunden hat. Dies ist erklärlich, weil die sogenannte Eventualmaxime dem schriftlichen Verfahren ihr Entstehen und ihre weitere Entwickelung verdankt. In diesem ist, seiner Natur als einseitigem entsprechend, das Bedürfniß der Concentration der Rechtsbehelfe immer lebhafter empfunden worden, nicht aber im mündlichen Verfahren, weil letzteres schon wegen des gleichzeitigen Verhandelns der Parteien eine solche Beweglichkeit hat, daß ein Verbessern oder Nachholen besondere Schwierigkeiten nicht darbietet. Wer an das schriftliche Verfahren gewöhnt und von den Vortheilen, welche die Eventualmaxime in diesem bietet, lebhaft überzeugt, Mißbräuche erheblicher Art für ein mündliches Verfahren ohne Eventualmaxime befürchtet, wird zu erwägen haben, daß die befürchteten Mißbräuche in den Ländern des mündlichen Verfahrens nicht hervorgetreten sind, auch nicht wohl hervortreten konnten, weil Anwälte, welche, umgeben von ihren Collegen, Angesichts des Gerichts einen Rechtsstreit verhandeln, nur unter schwerer Beschädigung ihrer Dienstehre von Prozeßvorschriften mißbräuchliche Anwendung machen können. Das Correctiv gegen zu befürchtenden Mißbrauch, welches der preußische Entwurf durch die Vorschrift gewähren wollte, daß das Gericht befugt sein sollte, nachträglich vorgebrachte Rechtsbehelfe zurückzuweisen, wenn es überzeugt sei, daß dieselben zum Verschleif der Sache beigebracht wurden, ist ein mehr wie bedenkliches, weil hier nicht mehr richterliches Ermessen, sondern richterliche Willkür in Frage ist. Zulässig, und schon wegen der damit verbundenen Beschwichtigung der Bedenken empfehlenswerth erscheint dagegen eine Vorschrift, wodurch das Gericht ermächtigt wird, wenn durch ein nachträgliches Vorbringen von Rechtsbehelfen die Erledigung des Rechtsstreites erheblich verzögert wird, einer Partei, welche nach freier richterlicher Ueberzeugung im Stande war, den Rechtsstreit zeitiger geltend zu machen, auch wenn dieselbe obsiegt, die Prozeßkosten ganz oder theilweise aufzuerlegen ....

Für den durch die Konsequenz gebotenen Grundsatz sprechen noch

besondere Gründe: die Schwierigkeit, welche die Beantwortung der Frage, ob ein Rechtsbehelf im früheren Verlaufe der mündlichen Verhandlung vorgebracht sei, darbietet; die durch das Princip der Beweisverbindung noch verstärkte Nothwendigkeit, einen weitläuftigen oder verwickelten Prozeßstoff getrennt zu verhandeln; insbesondere aber der Umstand, daß jener Grundsatz die prozessualisch zulässige, durch organisatorische Rücksichten gebotene Beseitigung der Berufung gegen die thatsächliche Würdigung eines Collegialgerichts um so unbedenklicher erscheinen läßt."

In meinem Bd. LV, S. 286 ff. des Archivs für civilistische Praxis abgedruckten Aufsatze habe ich die hier gegen die Eventualmaxime erhobenen Bedenken zu widerlegen gesucht. Auch ist die Hoffnung in Erfüllung gegangen, daß die Berufung nicht bloß gegen die Erkenntnisse der Collegialgerichte zugelassen und dadurch zugleich dieser, gegen die Zulassung der Eventualmaxime in der Begründung zuletzt hervorgehobene Grund fortfallen werde (vgl. oben unter 2).

So heißt es denn auch S. 398 der Begründung des vorliegenden Entwurfs:

„Bereits im Gebiete des französischen Rechts hat sich in der Praxis der Grundsatz entwickelt, daß das Gericht befugt sei, Angriffs-, Vertheidigungs- und Beweismittel, welche nach seiner Ueberzeugung zum Verschleif der Sache geltend gemacht werden oder zurückgehalten sind, sofern ihre Berücksichtigung die sofortige Erlassung des Endurtheils verhindern würde, als nicht zur Berücksichtigung geeignet zu verwerfen, und der preußische Entwurf § 324 hatte die Aufnahme dieses Grundsatzes in das Gesetz in Vorschlag gebracht. Soviel ist zweifellos, daß eine derartige Bestimmung mit dem mündlichen Verfahren vereinbar ist und daß ihr sachliche Bedenken nicht entgegenstehen, vorausgesetzt, daß sie richtig begrenzt wird. In Betreff der Angriffsmittel ist sie nicht erforderlich, da gegen einen Mißbrauch derselben anderweit Vorkehr getroffen werden kann. Rücksichtlich der Beweismittel ist sie nur insoweit gerechtfertigt, als sie in den §§ 329 und 385 des Entwurfs Ausdruck gefunden hat. Was endlich die Vertheidigungsmittel anlangt, so besteht ein Bedürfniß für eine beschränkende Vorschrift nur hinsichtlich derjenigen Vertheidigungsmittel, welche von dem Beklagten oder von dem Widerverklagten nachträglich geltend gemacht werden, indem nur diese Personen ein Interesse haben können, den Prozeß zu verschleppen. Welches Vorbringen übrigens als ein nachträgliches an-

zusehen sei, wird das Gericht nach seinem Ermessen zu bestimmen haben. Die Fixirung eines bestimmten Zeitpunktes verbietet die Structur des mündlichen Verfahrens, und, wenn auch in manchen Fällen die Beantwortung der Frage mit Schwierigkeiten verbunden sein wird, weil sich nicht mit Sicherheit beurtheilen läßt, ob ein Vertheidigungsmittel bereits im früheren Verlaufe der mündlichen Verhandlung beigebracht sei, so ist doch in Betracht zu ziehen, daß die Voraussetzungen für die Zurückweisung eines nachträglichen Vorbringens in der Art geregelt werden können, daß richterliche Willkür ausgeschlossen bleibt. Wird nämlich der Antrag des Gegners gefordert und die Zurückweisung des nachträglichen Vorbringens davon abhängig gemacht, daß durch die Zulassung desselben die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde, und daß das Gericht die Ueberzeugung gewonnen habe, der Beklagte habe in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen oder aus großer Nachlässigkeit das Vertheidigungsmittel nicht früher vorgebracht, so ist einerseits der Partei die Möglichkeit eröffnet, dem Gerichte die Gründe darzulegen, welche die Verzögerung veranlaßt haben, andererseits Sorge getragen, daß eine Verzögerung nur eintreten kann, falls eine Prozeßverschleppung wirklich vorliegt. Die strikte Durchführung der Vorschrift des § 242 des Entwurfs in erster Instanz ist für den Beklagten ohne materiellen Nachtheil, denn der Verlust des Vertheidigungsmittels wirkt nur für die Instanz, da dem Beklagten gestattet ist, das zurückgewiesene Vertheidigungsmittel in der Berufungsinstanz von neuem geltend zu machen, insoweit nicht die Bestimmung des § 470, Abs. 2 des Entwurfs eingreift. Anders gestaltet sich dagegen das Verhältniß in der Berufungsinstanz. Würde in dieser die Vorschrift des § 242 unbeschränkt zur Anwendung gebracht werden, so würde die Folge sein, daß der Beklagte mit dem zurückgewiesenen Vorbringen definitiv ausgeschlossen wäre, eine Folge, welche vielfach eine materielle Benachtheiligung des Beklagten nach sich ziehen und deshalb die energische Ausübung der im § 242 den Gerichten eingeräumten Befugniß in zweiter Instanz lähmen könnte. Vermieden wird ein solches Ergebniß, wenn in Anlehnung an die Vorschriften über den Urkundenprozeß dem Beklagten die Geltendmachung des zurückgewiesenen Vertheidigungsmittels vorbehalten wird. Die Besorgniß, daß die der gemeinrechtlichen Verweisung ad separatum nachgebildete Institution zu einer Verweitläuftigung und Zersplitterung der Prozesse führen könne, erscheint unbegründet, wenn man erwägt, daß das Urtheil, welches in der Berufs-

instanz unter Vorbehalt der Geltendmachung von Vertheidigungsmitteln ergeht, in Betreff der Zwangsvollstreckung als Endurtheil aufzufassen ist, dadurch aber für den Beklagten das wirksamste Motiv geschaffen wird, rechtzeitig mit seinen Vertheidigungsmitteln hervorzutreten. Und eben so wenig ist zu befürchten, daß der Prozeß verewigt wird. Der Rechtsstreit bleibt in der Berufungsinstanz anhängig und beschränkt sich auf die Verhandlung und Entscheidung der vorbehaltenen Vertheidigungsmittel."

So lauten denn die betreffenden Vorschriften des vorliegenden Entwurfs:

§ 242.

Vertheidigungsmittel, welche von dem Verklagten nachträglich vorgebracht werden, können auf Antrag zurückgewiesen werden, wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreites verzögert werden würde und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß der Verklagte in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen oder aus großer Nachlässigkeit die Vertheidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat.

§ 329.

Die Vernehmung neuer Zeugen, welche nach Erlassung eines Beweisbeschlusses bezüglich der in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen benannt werden, ist auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch die Vernehmung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Zeugen nicht früher genannt hat.

§ 385.

Wird nach Erlassung eines Beweisbeschlusses über die in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen Beweis in Gemäßheit der §§ 380, 384 (diese Paragraphen beziehen sich auf die Herausgabe von Urkunden, welche sich bei Dritten befinden) angetreten, so ist die Beweisantretung auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch das zur Herbei-

schaffung der Urkunde erforderliche Verfahren die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde u. s. w., wie im § 329.

§ 470,
welcher das Berufungsverfahren betrifft:

Die Parteien können Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche in erster Instanz nicht geltend gemacht sind, insbesondere neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen.

Neue Ansprüche dürfen, abgesehen von den Fällen des § 232, Nr. 2 u. 3, nur erhoben werden, wenn mit denselben kompensirt werden soll und wenn zugleich glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen ist, dieselben in erster Instanz geltend zu machen.

Bei Vergleichung dieser vier Paragraphen fällt es zunächst auf, daß in den ersten drei Paragraphen die Zurückweisung davon abhängig gemacht ist, daß das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen oder aus grober Nachlässigkeit das rechtzeitige Anführen versäumt hat. Nach § 470 soll dagegen die säumige Partei glaubhaft machen, daß die Verspätung von ihr nicht verschuldet ist.

In der Sache ist kein Grund für diesen Unterschied der Fassung zu finden. Offenbar ist aber die Fassung im § 470 vorzuziehen, weil sie dem Richter für sein Ermessen einen festen Anhalt und der Partei die nöthige Anweisung giebt.

Deshalb ist der Schluß der ersten drei Paragraphen wie der Schluß des § 470 zu fassen.

Die §§ 329 und 385 bezeichnen es aber nur als eine Verspätung, wenn über die im Beweisbeschluß bereits bezeichneten streitigen Thatsachen der Beweis angetreten wird.

Die Begründung rechtfertigt dies damit: daß die Zurückweisung nicht anwendbar sei, wenn der neue Beweis nach Erlassung eines Beweisbeschlusses in Beziehung auf neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel angetreten wird.

Dabei ist aber übersehen, daß die beiden Paragraphen weiter gehen als die Begründung annimmt. Nach ihrer Fassung lassen die §§ 329

und 385 die nachträgliche Anführung neuer Beweismittel *auch für solche* Behauptungen zu, welche bereits *vor* Erlaß des Beweisbeschlusses aufgestellt sind, aber vorher mit Beweismitteln gar nicht oder *mit* so untauglichen Beweismitteln unterstützt waren, daß das Gericht die Erhebung im Beweisbeschlusse nicht angeordnet hat.

Deshalb dürfte die Fassung dahin zu ändern sein, daß an Stelle der Worte:

„welche nach Erlassung eines Beweisbeschlusses bezüglich der in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen“ u. s. w.

die Worte gesetzt werden:

„welche nach Erlassung eines Beweisbeschlusses bezüglich der bereits behaupteten oder in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen“ u. s. w.

Ferner will der § 385 des vorliegenden Entwurfs die Zurückweisung eines nachträglichen *Editionsgesuchs* nur gestatten, wenn dies Gesuch sich auf eine im Besitz von Dritten befindliche Urkunde bezieht, weil (S. 501 der Begründung) das Editionsverfahren wider den Gegner selbst die Erledigung des Prozesses nicht erheblich verzögern kann.

Man bedenke aber: der Verklagte stellt, wenn endlich die Sache zur Entscheidung reif ist, im Schlußtermin einen neuen Antrag auf Herausgabe einer Urkunde, welche der Kläger besitzen soll. Der Anwalt des Klägers kann sich hierauf natürlich nicht erklären, es wird also ein neuer Termin nöthig, in demselben erklärt des Klägers Anwalt, sein Machtgeber habe die Urkunde nicht, es muß also dem Kläger der Editionseid abgenommen werden. Oder der Anwalt legt die Urkunde vor, welche vielleicht von einem Dritten aufgestellt ist, so daß nun deren Authenticität zu ermitteln ist.

Sonach giebt der Entwurf dem Verklagten damit nur ein Mittel an die Hand, den Prozeß zu verschleppen, deshalb muß der Verklagte auch das gegen den Kläger selbst gerichtete Editionsgesuch bei Vermeidung der Zurückweisung rechtzeitig anbringen.

Endlich bestimmt noch § 481 des vorliegenden Entwurfs:

Werden nach Vorschrift des § 242 Vertheidigungsmittel zurückgewiesen, so ist die Geltendmachung derselben dem Beklagten vorzubehalten.

Enthält das Urtheil keinen Vorbehalt, so kann die Ergänzung des Urtheils nach Vorschrift des § 282 beantragt werden.

Das Urtheil, welches unter Vorbehalt der Geltendmachung von Vertheidigungsmitteln ergeht, ist in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurtheil anzusehen.

Indeß dürfte das vorstehend S. 633 aus der Begründung Angeführte die Aufnahme dieser Neuerung nicht rechtfertigen.

Denn wenn der § 451 auch das vorläufige Erkenntniß für vollstreckbar erklärt, so hilft dies dem Kläger doch wenig, weil er noch immer darüber im Zweifel ist, ob es bei der mit Vorbehalt getroffenen Entscheidung verbleiben wird. Er darf daher vor ergangenem endgültigen Urtheil doch nicht über den Streitgegenstand verfügen, weil er dadurch leicht in Verwickelungen gerathen könnte.

Wird aber gegen das unter Vorbehalt ergangene Erkenntniß die dritte Instanz beschritten, so frägt es sich, welches Verfahren zuerst beginnen soll, das vorbehaltene oder die Revision. Jedenfalls wird durch solchen Vorbehalt die endgültige Entscheidung in immer weitere Ferne gerückt.

Der Verklagte hat es sich aber doch selbst zuzuschreiben, wenn er sein Vorbringen, zu dem er im Laufe von zwei Instanzen Zeit und Gelegenheit genug gehabt hat, seine Vertheidigungsmittel zurückhält; jura vigilantibus sunt scripta! So wenig dem Verklagten, wenn er erst in der dritten Instanz mit neuen Behauptungen und Beweismitteln auftritt, deren Ausführung im besonderen Verfahren vorbehalten wird, so wenig rechtfertigt sich der im § 487 vorgeschlagene Vorbehalt.

8.

§ 256 des Entwurfs von 1872 enthielt nur den Satz:

Die Parteien können von den Prozeßakten Einsicht nehmen und sich aus demselben durch den Gerichtsschreiber Anfertigungen, Auszüge und Abschriften ertheilen lassen.

§ 261 des vorliegenden Entwurfs fügt ganz zweckmäßig hinzu:

Dritten Personen kann der Vorstand des Gerichts ohne Einwilligung der Parteien die Einsicht nur gestatten, wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird.

Die Entwürfe zu Urtheilen, Beschlüssen und Verfügungen, die zur Vorbereitung derselben gelieferten Arbeiten, sowie die Schriftstücke, welche Abstimmungen

oder Strafverfügungen betreffen, werden weder vorgelegt noch abschriftlich mitgetheilt.

9.

Neu ist in dem vorliegenden Entwurfe § 399 der richtige Satz:

Der zurückgeschobene Eid gilt auch ohne ausdrückliche Erklärung über die Annahme als vom Beweisführer angenommen.

Trotz dieser Abänderungen giebt der vorliegende Entwurf doch immer noch zu mancherlei Erinnerungen Veranlassung. Bei deren Erörterung wollen wir hauptsächlich das praktische Bedürfniß in's Auge fassen. Besonders soll auf bewährte Vorschriften des deutschen Prozesses hingewiesen werden, welche der Entwurf fortgelassen hat, obgleich sie sich leicht mit dem angeordneten Verfahren vereinigen lassen. Die großen Vorzüge des vorliegenden Entwurfs werden eben dadurch abgeschwächt, daß er manche heilsame Vorschrift des bisherigen deutschen Verfahrens ohne genügenden Grund beseitigen will. Man raubt uns aber damit die Früchte langer und reicher Erfahrung, welche auf unserem eigenen Boden zur Reife gekommen und auf deutscher Sitte beruhend, zur Abkürzung und sachgemäßen Erledigung des Streites besonders förderlich sind.

1.

Was zunächst die äußere Anordnung des Entwurfes angeht, so fehlen ihm wieder die Marginalien (Beischriften), welche das Auffinden einzelner Stellen so sehr erleichtern.

Der Entwurf bedarf derselben um so mehr, als dessen Anordnung das Auffinden recht erschwert. So handelt z. B. der 3. Abschnitt des 1. Buchs, welches das Verfahren im Allgemeinen betrifft, im 1. Titel von der mündlichen Verhandlung, während im 1. Abschnitt des 2. Buchs die übrigen Vorschriften, welche den Prozeßgang regeln, enthalten sind. Diese Sonderung hat die Folge, daß man nicht weiß, ob man die betreffende Vorschrift im 1. Buch (dem allgemeinen) oder im 2. Buch (dem besonderen Theil) zu suchen hat. Diese Sonderung ist aber überflüssig, weil die Vorschriften, welche der 1. Abschnitt des 2. Buchs enthält, gleichfalls allgemein gelten, insoweit nicht im 5. bis 7. Buch Abweichendes für besondere Prozeßarten bestimmt ist.

Es würde daher die Uebersicht erleichtern, wenn die im 1. Buche

vom mündlichen Verfahren handelnden §§ 115 bis 145 in den 1. Abschnitt des 2. Buchs aufgenommen würden. Dann würde auch die Reihenfolge der Vorschriften dem Fortgange des Prozesses selbst entsprechen.

Ebenso wenig entspricht es dieser Reihenfolge der Prozeßhandlungen, wenn im 3. Abschnitt des 1. Buchs

Titel 1 die mündliche Verhandlung,
Titel 2 die Zustellungen, und
Titel 3 die Ladungen

betrifft. Vielmehr ist die umgekehrte Reihenfolge richtiger, weil auf die Ausfertigung der Ladung erst die Zustellung, und erst auf die Zustellung die mündliche Verhandlung folgt.

Wie wenig die Ueberschriften der Titel genügen, um deren Inhalt anzugeben und die Marginalien zu ersetzen, das ergiebt z. B. der von der mündlichen Verhandlung handelnde Titel. In demselben betrifft Paragraph

116 bis 117 die Schriftsätze,
118 und 121 die Vorlegung von Urkunden,
119 die Zustellung der Schriftsätze,
120 die Niederlegung einer Abschrift,
122 die Zustellung von Urkunden unter Rechtsanwalten,
123 und 126 die Leitung der mündlichen Verhandlung,
124 und 125 den Inhalt der mündlichen Verhandlung,
127 und 128 die Anordnung der Vorlegung von Urkunden und Akten,
129 die Anordnung von Augenschein oder Gutachten,
130 und 132 die Verbindung mehrerer Klagen,
131, 133 und 135 die Entscheidung einzelner Punkte,
134 und 136 die Aussetzung der Entscheidung,
137 und 138 die Entziehung des Worts,
139 bis 143 das Protocoll über die mündliche Verhandlung,
144 der Beweis der Förmlichkeiten,
145 die Zuziehung des Gerichtsschreibers.

Man sieht, wie oft die zusammengehörenden Vorschriften nicht bei einander stehen. Obgleich dieser Titel nach der Ueberschrift nur von der mündlichen Verhandlung handeln soll, betrifft doch nur ein kleiner Theil der Paragraphen die mündliche Verhandlung als solche.

Wie sehr würde das Aufsuchen erleichtert werden, wenn dem Ge-

setze Marginalien in der oben angegebenen Weise hinzugefügt würden. Man denke an die Richter, welche im Drange des Geschäfts die kostbare Zeit mit Suchen in dem neuen Gesetzbuche verschwenden müssen und vielleicht nach vergeblichem Suchen annehmen, daß diese Bestimmung im Gesetzbuche garnicht enthalten ist.

Die Mühe, welche sich der Gesetzgeber bei der Hinzufügung von Marginalien giebt, erspart sonach den das Gesetz Anwendenden nicht nur tausendfache Mühe, sondern sie sichert auch die richtige Anwendung.

2.

Ganz dasselbe gilt von dem Mangel der Allegate.

Aeußerst selten führt der Entwurf die einzelnen Paragraphen genau und bestimmt an, welche in gegenseitiger Beziehung stehen.

So fehlt z. B. im § 225, welcher bestimmt, daß dem Gerichtsschreiber die Klage zum Zwecke der Terminsbestimmung einzureichen ist, die Verweisung auf § 186, Inhalts dessen der Vorsitzende den Termin bestimmt.

§ 237 lautet:

Die mündliche Verhandlung erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften.

Er ist ganz überflüssig, wenn man, wie unter 1 vorgeschlagen ist, die Vorschriften über die mündliche Verhandlung hier einschaltet. Jedenfalls sollte man aber hinzufügen (1. Buch, 3. Abschnittstitel):

§ 245, Abs. 2 lautet:

In Betreff der einzelnen Beweismittel wird die Beweisantretung und die Erklärung auf dieselbe durch die Vorschriften des 6. bis 10. Titels bestimmt.

Nun bemerkt aber die Begründung S. 470: Wie in Betreff der einzelnen Beweismittel die Beweisantretung zu erfolgen hat, bestimmen für den Augenschein § 326, für den Zeugenbeweis § 328, für den Beweis durch Sachverständige § 355, für den Beweis durch Urkunden die §§ 372, 373, 380 und 384, für den Beweis durch den Eid § 373. Man müßte also diese Paragraphen im § 245, Abs. 2 allegiren.

§ 310, Abs. 1 lautet:

Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozeßgerichte. Sie ist nur in durch dieses Gesetzbuch bestimmten Fällen einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte zu übertragen.

Warum sind hier nicht die betreffenden §§ 327, 330, 357 und 423 allegirt? Es werden diese Beispiele genügen. Sie könnten noch sehr vermehrt werden. Vergleiche außerdem I, 6, II, 14 und II, 23.

Wir wenden uns nun zu den einzelnen Vorschriften des Entwurfs.

3.

Der § 32 des Entwurfs lautet:

Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist.

Die Begründung bemerkt hierzu: „Das forum delicti entspricht den meisten Gesetzgebungen (z. B. Hannover § 12, Baden § 34, Würtemberg Art. 44, Bayern Art. 29). Der Begriff „unerlaubte Handlungen" umfaßt sowohl die strafbaren Handlungen, als auch die Fälle der civilrechtlichen Verschuldung, insbesondere die Fälle, in denen die gemeinschaftliche actio legis aquiliae begründet ist. Das im preußischen Recht recipirte besondere Forum für Klagen aus außerehelicher Schwängerung, § 11, Gesetz vom 24. April 1854, preußischer Entwurf § 28, ist nicht übernommen. Die Frage des Gerichtsstandes wird durch die civilrechtliche Beurtheilung dieses Klagegrundes entschieden."

Diese letzten Worte der Begründung machen aber die Zuständigkeit des Gerichts für Schwängerungsklagen in hohem Grade zweifelhaft.

Jedenfalls folgt daraus, daß das Gesetz die Klagen wegen außerehelicher Schwängerung im § 32 nicht erwähnt, keineswegs, daß der § 32 auf solche Klagen keine Anwendung findet. Soll aber die civilrechtliche Beurtheilung dieses Klagegrundes entscheiden, so treten wir damit in das Gebiet einer vielfach besprochenen Controverse. So nimmt Savigny (System Bd. VIII, S. 278 an, daß diese Klage auf einer unerlaubten Handlung beruht. Wogegen der Plenarbeschluß des preuß. Obertribunals (Entscheidungen Bd. XXXVII, S. 13) mit v. Wächter (Archiv Bd. XXV, S. 396) und Vangerow (Pandecten § 260) die Rechte, welche ein uneheliches Kind durch die Zeugung und Geburt erlangt, zu den persönlichen Rechten zählt.

Man darf jedoch die Zuständigkeit des Gerichts in Schwängerungssachen nicht von der Beantwortung einer so bestrittenen Frage abhängig machen, denn die Streitigkeiten über die Zuständigkeit der Gerichte sind

die unerquicklichsten. Nach der jetzigen Fassung des § 32 *muß* man aber auch annehmen, daß das Gericht, in dessen Bezirk die unerlaubte Handlung begangen ist, den ausschließlichen Gerichtsstand *bilden* soll. So würde also der Kläger gezwungen, in allen Fällen die Klage bei diesem vielleicht entfernten Gerichte anzustellen, während der Verklagte ganz in seiner Nähe wohnt. Man muß deshalb dem Kläger auch die Befugniß lassen, die Klage bei dem gewöhnlichen Gerichte des Verklagten anzustellen.

Deshalb dürfte § 32 dahin zu fassen sein:

Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist auch das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist.

Auf Rechtsstreitigkeiten aus einer außerehelichen Schwängerung findet dieser Paragraph keine Anwendung.

4.

Nach § 72 des Entwurfs geht der Anwaltszwang so weit, daß nur ein bei dem Prozeßgerichte zugelassener Rechtsanwalt sich selbst vertreten kann.

Die Begründung rechtfertigt dies mit den Worten: „Die §§ 3, 21 und 23 der preußischen Verordnung dispensiren von dem Zwange der Legalisation die öffentlichen Behörden und die zum Richteramte befähigten Personen; Hannover § 67 vom Anwaltszwange: die am Orte des Prozeßgerichts wohnenden Parteien, welche ein juristisches Examen mit Erfolg bestanden haben. Baden §§ 132—134 zieht ähnliche Ausnahmen. Der Entwurf verwirft in Uebereinstimmung mit dem preußischen und norddeutschen Entwurf alle solche Ausnahmen, da dieselben sachliche Inconvenienzen haben, die persönliche Qualification bei dieser Frage gar nicht in Betracht kommt und derartige Ausnahmen überdies als Exemtionen von einer allgemein geltenden Vorschrift aufgefaßt werden könnten, zu welcher um so weniger Grund vorliegt, als erfahrungsmäßig die gedachten Personen auch da, wo kein Anwaltszwang besteht, sich in der Regel der Anwälte zur Prozeßführung bedienen."

Man sollte aber doch Bedenken tragen, diese Vorschriften der deutschen Landesgesetze, welche auf einem anerkannten Bedürfniß beruhen, so ohne Weiteres abzuschaffen. Auch sind die dafür angeführten Gründe nicht stichhaltig. Denn die preußische Vorschrift hat in der Praxis bisher keine sachliche Inconvenienzen herbeigeführt. Die persön-

liche Qualification der Partei kommt allerdings in Betracht, denn wozu soll sich die Partei eines rechtsverständigen Bevollmächtigten bedienen, wenn sie selbst rechtsverständig ist. Auch ist dies keine die Gleichheit vor dem Gesetze verletzende Exemtion, sondern die nöthige Anerkennung der Befähigung des Rechtsverständigen, welche die Vertretung durch einen Rechtsanwalt überflüssig macht. Wenn die gedachten Personen sich endlich auch häufig eines Rechtsanwalts bedienen, so rechtfertigt dies doch nicht, sie zu zwingen, dies in allen Fällen zu thun.

5.

§ 92 des Entwurfs lautet:

Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird.

Die Begründung rechtfertigt dies damit: „Zwar ist es für eine Partei gleich drückend, ob sie einen Betrag als Kosten- oder Hauptschuld zu bezahlen hat. Es erscheint aber aus allgemeinen Gründen mißlich, Rechtsmittel (auch nur in Form der Beschwerde) wegen unwichtiger Entscheidung des Kostenpunktes allein zuzulassen. Die Erfahrungen im Gebiete des preußischen Rechts haben dargelegt, wie schwierig in der Praxis die Beurtheilung der Entscheidung im Kostenpunkte von derjenigen über die Hauptsache zu trennen ist. Wird diese Scheidung nicht vorgenommen und erörtert behufs Prüfung der nur über den Kostenpunkt geführten Beschwerde das höhere Gericht die Richtigkeit der in der Hauptsache ergangenen Entscheidung, so wird das principale gelegentlich eines accessorium zur Entscheidung gebracht, und doch ohne materielle Wirkung auf die Hauptsache. Es sind aber Urtheile zu vermeiden, durch welche Vorentscheidungen, welche nicht beseitigt werden können, für sachlich unrichtig erklärt werden. Soll dagegen bei streng durchgeführter Trennung der Sach- und Kostenentscheidung der höhere Richter die letztere nach Maßgabe der ihn der Hauptsache nach verbindenden Entscheidung prüfen, so würde sich das Rechtsmittel gegen die Absicht als eine Art Nichtigkeitsbeschwerde gestalten. Für ein solches Rechtsmittel liegt ein Bedürfniß um so weniger vor, als die Gesetze über die Entscheidung des Kostenpunktes einfach sind, dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum gestatten und bei richtiger Entscheidung in der Hauptsache Fehlgriffe in der Anwendung der kostenrechtlichen Bestimmungen nicht oft vorkommen werden."

Unzweifelhaft muß aber der Gesetzgeber der Partei ein Mittel gewähren, wodurch sie auch die nicht oft vorkommenden Mißgriffe des Richters beseitigen kann. Der Gesetzgeber macht es sich zu leicht, wenn er der Schwierigkeit dadurch aus dem Wege gehen will, daß er die Benachtheiligten ganz hülflos läßt.

Die Begründung behauptet aber auch ohne Grund, daß in der preußischen Praxis die Entscheidung über Beschwerden wegen des Kostenpunktes solche Schwierigkeiten biete. Nach meiner Erfahrung ist daran festgehalten, daß die nicht angefochtene Entscheidung in der Hauptsache ohne Weiteres auch für den Kostenpunkt entscheidend ist. Es bleibt also nur zu prüfen, ob die Vertheilung der Kosten der in der Hauptsache ergangenen Entscheidung entspricht. Ist dagegen verstoßen, so kann man dem Benachtheiligten die sofortige Beschwerde nach Maßgabe des § 516 des Entwurfs gestatten.

Danach wäre § 92 zu fassen:

Wird nur die Entscheidung über den Kostenpunkt angegriffen, so ist deshalb sofortige Beschwerde (§ 516) zu erheben. Die Beschwerde ist nur begründet, wenn die Kosten nach Maßgabe der in der Hauptsache bereits ergangenen Entscheidung nicht richtig vertheilt sind.

6.

§ 141 des Entwurfs lautet:

Die Feststellung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen kann unterbleiben, wenn die Vernehmung vor dem Prozeßgerichte erfolgt und das Endurtheil der Berufung nicht unterliegt. In diesem Falle ist in dem Protocolle nur zu bemerken, daß die Vernehmung stattgefunden habe.

Da indeß, wie zu I, 2 bemerkt ist, jetzt die sämmtlichen Erkenntnisse erster Instanz der Berufung unterliegen sollen, so müßte der § 141 ganz fortbleiben.

7.

Nach § 143 des Entwurfs soll im Falle der Verhinderung des Amtsrichters die Unterschrift des Protocolls durch den Gerichtsschreiber genügen.

Dies kann aber leicht zu Mißbräuchen führen. Es ist wohl zuzulassen, daß der älteste Richter des Collegii den Vorsitzenden bei der

Unterschrift des Protocolls vertritt, denn beide sind gleich qualificirt. Diese Gleichheit fehlt aber bei dem Einzelrichter und dem Gerichtsschreiber. Kann letzterer für ersteren das Protocoll unterschreiben, so kann das leicht dahin führen, daß der Gerichtsschreiber auch ohne Zuziehung des Amtsrichters das Protocoll aufnimmt. Gestattet man eine solche Vertretung nicht, so wird das zur Folge haben, daß der Amtsrichter das von ihm selbst aufgenommene Protocoll unverzüglich unterschreibt.

8.

§. 144 des Entwurfs lautet:

Die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protocoll bewiesen werden. Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt desselben ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.

Die Begründung sagt nur, daß diese Vorschrift in sich verständlich sei. Es frägt sich aber auch, ob sich diese Vorschrift rechtfertigt. Sie enthält jedoch eine gesetzliche Fiction, welche dem Wesen des deutschen Prozesses widerstreitet. Denn es ist eine bloße Fiction, daß jedes nicht gefälschte Protocoll richtig sei. Die Erfahrung lehrt, daß auch bei der Abfassung dieser Protocolle Versehen vorkommen. Weshalb soll einer Partei der Beweis eines solchen Versehens unmöglich gemacht und fingirt werden, daß dies Versehen nicht vorgefallen sei.

Dies Protocoll ist eine öffentliche Urkunde, auf welche also § 367 des Entwurfs Anwendung findet, welcher lautet:

§ 367.

Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden) begründen wenn sie über eine vor der Behörde oder Urkundsperson abgegebene Erklärung abgegeben sind, vollen Beweis der beurkundeten Gegenstände.

Der Beweis der Unrichtigkeit des Inhalts ist zulässig.

Diese Vorschrift macht zugleich den § 144 überflüssig.

Dafür spricht sogar die Begründung zu dem § 367, in welcher S. 499 gesagt wird: „Bei der Aufnahme öffentlicher Urkunden erwächst durch die nothwendige Mitwirkung der Urkundsperson zur Herstellung der Urkunde eine bei Privaturkunden meist nicht vorliegende Gefahr unrichtiger Beurkundung der von den Parteien abgegebenen Erklärungen durch die Urkundsperson. Es fallen hierher die möglichen Irrthümer zwischen Instrumentsperson und Parteien ... Aus diesem Grunde war es nöthig, dem § 367, Abs. 2 die Bestimmung hinzuzufügen, daß der Beweis der Unrichtigkeit des Inhalts zulässig sei .... Die Majorität der norddeutschen Commission erklärt den Beweis der Unrichtigkeit des Inhalts nur insoweit für zulässig, als behauptet werde:

1. daß die Förmlichkeiten, deren Beobachtung in der Urkunde bezeugt werde, nicht beobachtet seien;
2. daß die beurkundete Verhandlung von der Behörde oder der Urkundsperson absichtlich oder in Folge eines Irrthums unrichtig aufgenommen, daß insbesondere eine beurkundete Erklärung von einer anderen als der in der Urkunde bezeichneten Person abgegeben sei.

Demgemäß ist der § 561 des norddeutschen Entwurfs gefaßt: „Der vorliegende Entwurf konnte sich dieser Vorschrift nicht anschließen. Mit der Beschränkung des Beweises der Unrichtigkeit des Inhalts ist unabweislich die Gefahr verbunden, daß aus Rücksicht auf die Form das materielle Recht geschädigt werden kann .... Die unbeschränkte Zulassung des fraglichen Beweises hat in den weiten Rechtsgebieten, in welchen sie bisher Rechtens war, zu keinen Unzuträglichkeiten geführt."

Alles dies gilt aber auch von den Versehen, welche in Beziehung auf die Beobachtung der Förmlichkeiten bei den Protocollen über die mündliche Verhandlung vorfallen.

So kommt es gar nicht so selten vor, daß ein Richter, welcher nicht bei der Abfassung des Erkenntnisses gegenwärtig war, anstatt des wirklich gegenwärtig gewesenen Richters das Protocoll aus Versehen unterschreibt. Hat das Protocoll unwiderlegliche Beweiskraft, so ist das Erkenntniß nach § 270 des Entwurfs nichtig, obgleich es in der That diesem Paragraphen entsprechend, von den bei der mündlichen Verhandlung gegenwärtigen Richtern abgefaßt ist. Ebenso liegt der Fall nach § 439, Nr. 1, 5 und 6, wenn es ein Richter aus Versehen unterlassen hat, das Protocoll mit zu unterschreiben, oder wenn im Protocoll der erschienene Vertreter einer Partei aus Versehen unrichtig bezeichnet ist,

der wenn im Protocoll unterlassen worden zu bemerken, daß die mündliche Verhandlung in öffentlicher Sitzung stattgefunden hat.

Deshalb thut man am besten, wenn man den § 144 ganz streicht.

9.

Nach § 167 des Entwurfs braucht die Zustellungsurkunde von dem Empfänger nicht unterschrieben zu werden. Die Erfahrung lehrt aber, daß diese Unterschrift der beste Beweis für die richtige Bestellung ist. Man sollte es deshalb bei der Vorschrift der §§ 37—39, I, 7 der Preuß. A. G. O. belassen und den Empfänger verpflichten, die Zustellungsurkunde zu unterschreiben. Im Weigerungsfalle ist dies vom Zustellungsbeamten besonders zu vermerken.

10.

Die Bedenken gegen die §§ 285 und 295 des vorliegenden Entwurfs, welche mit den §§ 270 und 280 des Entwurfs von 1871 übereinstimmen, sind von mir bereits Bd. 6, S. 17 und 33 dieser Zeitschrift erörtert.

Daß es nicht zu rechtfertigen ist, wenn im § 295 des vorliegenden Entwurfs wieder verlangt wird, daß der Schriftsatz, vermittelst dessen der Einspruch eingelegt wird, die Erklärung enthalten soll:

daß gegen das Urtheil Einspruch eingelegt werde,

sondern daß es genügt, wenn aus dem Schriftstück nur zu entnehmen ist, daß der Säumige das gegen ihn erlassene Urtheil angreifen und beseitigen will, dafür spricht auch § 206 des vorliegenden Entwurfs, welcher von der Wiedereinsetzung gegen eine versäumte Nothfrist handelt, und lautet:

Die Wiedereinsetzung wird durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt. Derselbe muß enthalten:

1. die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen;
2. die Angabe der Mittel für deren Glaubhaftmachung;
3. die Nachholung der versäumten Prozeßhandlung, oder, wenn diese bereits nachgeholt ist, die Bezugnahme hierauf.

So wenig hier vorgeschrieben ist, daß im Schriftsatze ausdrücklich die Wiedereinsetzung beantragt werden muß, es vielmehr genügt, wenn im Uebrigen aus dem Schriftsatze zu entnehmen ist, daß der

Säumige die Wiedereinsetzung beabsichtigt, so braucht auch in der Einspruchsschrift nicht ausdrücklich gesagt zu sein, daß gegen das Versäumnißurtheil Einspruch eingelegt werde.

11.

Die Ueberschrift des 3. Titels im 1. Abschnitt des 2. Buchs lautet:

Versäumnißurtheil.

Der Titel handelt aber auch vom Einspruch, also einem besonderen Rechtsmittel. Diese Vorschriften gehören deshalb eigentlich in das 3. Buch, welches von den Rechtsmitteln handelt, denn dort wird man sie natürlich suchen,

Jedenfalls müßte in der Ueberschrift des Titels auch der Einspruch erwähnt sein.

12.

Nachdem im § 295 des Entwurfs gesagt ist, was die Einspruchsschrift enthalten soll, bestimmt § 296:

> Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob der Einspruch an sich statthaft und ob er in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist der Einspruch als unzulässig zu verwerfen.

Das Gesetz sagt aber nicht, wann das Gericht diese Prüfung anzustellen hat. Ob erst nach der Zustellung, so daß diese unter allen Umständen erfolgen muß, oder ob schon vor der Zustellung, so daß die Zustellung unterbleibt, wenn das Gericht annimmt, daß der Einspruch an sich unstatthaft ist.

Die an den preußischen Prozeß gewöhnten Richter werden gewiß das letztere annehmen, weil nicht nur nach § 31 der Verordnung vom 21. Juli 1846 der Richter das Restitutionsgesuch nur zulassen soll, wenn es formell den gesetzlichen Vorschriften entspricht, sondern es auch sachwidrig erscheint, daß der Richter ein contradictorisches Verfahren zuläßt, wenn das Verlangen an sich ein ungesetzliches ist.

Doch frägt es sich, ob diese sofortige Zurückweisung eines formell unzulässigen Einspruchs vom Gesetzgeber gewollt ist. Der Entwurf will wohl in französischer Weise den Prozeß bis dahin der thätigen Einwirkung des Richters ganz entziehen, daß er auf dem Richterstuhl in

der Audienz Platz genommen hat. Bis dahin soll wohl der Prozeß nur in der Hand des mit dem Mechanismus der Zustellung beauftragten Gerichtsschreibers beruhen. Nur den Tag des Termins soll nach § 186 des Entwurfs der Vorsitzende bestimmen.

Diese Passivität der Richter widerspricht aber der deutschen Auffassung, welcher es nicht so sehr auf die Bequemlichkeit der Richter, als darauf ankommt, daß das Gericht unnütze Weitläufigkeiten abschneide und zu ungesetzlichem Verfahren nicht seine Hand biete.

Deshalb dürften dem § 296 noch die Worte hinzuzufügen sein:

ohne daß es der Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlnng bedarf.

Gegen die zurückweisende Verfügung ist nur die sofortige Beschwerde zulässig (§ 516).

13.

Nachdem in den §§ 285 bis 288 des Entwurfs von den Folgen des Ausbleibens und nicht Verhandelns im Termine gehandelt worden, bestimmt § 289:

Wenn eine Partei in dem Termine verhandelt, sich jedoch über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebung nicht erklärt, so finden die Vorschriften dieses Titels keine Anwendung.

Dieser Paragraph ist jedoch in seiner negativen Fassung überflüssig, denn es ist in diesem Titel nur davon die Rede, wie es zu halten sei, wenn die Partei gar nicht verhandelt, dessen Vorschriften können also an sich schon keine Anwendung finden, wenn sich eine Partei nur unvollständig ausläßt.

Man vermißt aber eine positive Bestimmung darüber, wie es zu halten sei, wenn eine erschienene Partei es unterlassen hat, sich über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen zu erklären.

Die Begründung zu diesem Paragraphen lautet: „Der Entwurf gewährt principiell gegen derartige Versäumnisse keine Abhülfe; die Partei wird mit betreffenden Prozeßhandlungen ipsa omissione ausgeschlossen, sofern ihr nicht in einem neuen Verhandlungstermine Gelegenheit zur Nachhandlung geboten wird, oder das Gesetz nicht die Purgation der Säumniß ausdrücklich nachläßt (vergl. §§ 44, Abs. 3, 288, 309, 322, 329, 354, 385, 469, 810 u. a.). Im Hinblick auf das ausgedehnte Prozeßleitungsamt, insbesondere auf das Fragerecht

des Richters, kann dieser Grundsatz keine beachtliche Gefährdung berechtigter Parteiinteressen zur Folge haben. Die practische Unmöglichkeit, ein und demselben Urtheile den Charakter eines contradictorischen und eines auf Versäumniß ergangenen Urtheils beizulegen, führt nothwendig zu der in Rede stehenden Vorschrift. Wollte man gegen versäumte Erklärung über Thatsachen, Urkunden und Eideszuschiebungen innerhalb einer im Uebrigen von der Partei gepflogenen Verhandlung Einspruch oder Restitution zulassen, so wäre einer Verwirrung des Verfahrens und endloser Verzögerung der Prozesse nicht weiter vorzubeugen. Das unvollständige Handeln bedarf keiner besonderen richterlichen Constatirung; seine stillschweigend eintretenden Folgen bilden Elemente des in der Sache selbst ergehenden contradictorischen Urtheils, sind mit Bezug auf die wichtigsten Prozeßhandlungen, auf die es innerhalb einer Verhandlung ankommen kann, vom Gesetze speciell normirt (vgl. §§ 125, 379, 391, 404, 412, 416) und unterliegen, wo dies nicht der Fall, der freien Beurtheilung des Richters bei Abgabe seines contradictorischen Spruchs (§ 249).

Dieser Begründung entsprechend dürfte § 289 sonach dahin zu fassen sein:

Wenn eine Partei im Termine verhandelt, sich jedoch über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschiebungen nicht erklärt, so finden die §§ 125, 379, 391, 404, 412 und 416 Anwendung.

14.

§ 351 des Entwurfs von 1871 lautet:

Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis der nach ihrem Inhalte von den Ausstellern abgegebenen Erklärung.

Inwiefern der Angabe einer Privaturkunde über Ort und Zeit ihrer Ausstellung Beweiskraft beiwohnt, entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung.

Der vorliegende Entwurf hat im § 368 den 1. Absatz wiederholt, den 2. Absatz aber fortgelassen.

Die Begründung bemerkt hierzu:

„Württemberg Art. 529, sowie der preußische Entwurf § 431 schließen die positive Beweiskraft der Privaturkunde hinsichtlich des Datums aus. Der hannoversche Entwurf § 371 stellt die Angabe über

die Zeit der Ausstellung unter die allgemeine Regel der freien Beweiswürdigung. Nach dem norddeutschen Entwurf § 562 werden Ort und Zeit der Ausstellung durch die Urkunde nur gegen den Aussteller und dessen Universalsuccessoren bewiesen. Bayern Art. 358 fügt noch hinzu: „gegen besondere Rechtsnachfolger jedoch nur so weit, als diese die ihrem Vorfahren zugestandenen Rechte gegen Dritte geltend machen". Im Uebrigen verordnet Bayern a. a. O. gleich dem Code civil art. 1328 zur Feststellung eines sicheren Datums der Privaturkunde gegen Dritte ein besonderes Verfahren durch Vorlegung und Einregistrirung derselben bei öffentlichen Behörden. Die Aufnahme dieses Verfahrens konnte nicht vorgeschlagen werden, weil es als allgemeine Regel kein Bedürfniß ist, den Rechtsverkehr vertheuert und zudem auf einer Fiction beruht, welche über den beabsichtigten Zweck hinausgeht, da das Datum der Privaturkunde nicht immer bestritten wird und seine Richtigkeit durch alle zulässigen Beweismittel bewiesen beziehungsweise widerlegt werden kann. Nach eingehender Erwägung der verschiedenen legislativen Versuche erschien es am gerathensten, für die Beweiswürdigung dieses Theils der Privaturkunden keine Vorschrift zu geben.

Dies Umschiffen der legislativen Schwierigkeit beseitigt aber dieselbe nicht. Indem es sich der Gesetzgeber so bequem macht, erschwert er die richtige Anwendung des Gesetzes. Diese Gefahr ist im vorliegenden Falle um so größer, als die im 1. Absatz des § 351 ausgesprochene allgemeine Beweiskraft des Inhalts der Urkunde auch auf die Zeit- und Ortsangabe bezogen werden kann, denn auch diese Angaben können als ein Theil der Erklärung des Ausstellers angesehen werden. Deshalb ist es nöthig, hervorzuheben, daß die allgemeine Vorschrift des 1. Absatzes auf die Angabe von Zeit und Ort der Ausstellung keine Anwendung findet, in dieser Beziehung vielmehr freie Beweiswürdigung eintritt.

15.

Die Bestimmung im § 353 des Entwurfs von 1871:

> Die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung hängt nicht von dem Ablaufe einer Zeitfrist ab,

ist in dem vorliegenden Entwurf ganz fortgelassen. Die Begründung übergeht dies mit Stillschweigen. Dennoch ist die Aufnahme dieser Vorschrift wünschenswerth, weil sich die Vermuthungen, welche die verschiedenen Landesgesetze an diesen Ablauf der Zeit knüpfen, welche seit der

Ausstellung des Schuldscheins oder der Quittung verflossen ist, mit der freien Beweiswürdigung nicht vertragen.

16.

Zu dem § 454 des vorliegenden Entwurfs:

Ein Versäumnißurtheil kann von der Partei, gegen welche es erlassen ist, mit der Berufung nicht angefochten werden.

Gegen ein dem Einspruche nicht unterliegendes Versäumnißurtheil ist die Berufung insoweit statthaft, als sie darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe,

bemerkt die Begründung S. 514:

„Der Ausschluß der Berufung gegen Versäumnißurtheile beruht auf der unbeschränkten Zulassung des Einspruchs. Der Entwurf folgt dem Vorgange des Genfer Gesetzbuchs Art. 306 und dem norddeutschen Entwurf § 771. Die Zulassung der Berufung gegen Contumacialurtheile läßt sich darauf zurückführen, daß der Einspruch nach seiner historischen Entwickelung überall von dem Nachweise bestimmter Restitutionsgründe abhängig war und daher den Säumigen nicht vollständig schützte. Die Gesetzgebungen, welche neben unbeschränkter Zulassung des Einspruchs auch die Berufung zulassen (Code de procédure art. 443, Bayern Art. 694, preußischer Entwurf § 643) stellen damit der Partei zwei Rechtsmittel zur beliebigen Auswahl und eröffnen die Möglichkeit, unter Durchbrechung des im öffentlichen Interesse geordneten Instanzenzuges das Gericht erster Instanz zu übergehen, was der Entwurf grundsätzlich ausschließt. Aus diesem Grunde erscheint auch die Gestattung einer auf Anfechtung der Folgen, welche aus den für zugestanden angenommenen Thatsachen gezogen sind, gerichteten Berufung nicht zulässig. In letzterer Weise hat die gemeinrechtliche Praxis den römisch-rechtlichen Satz: contumax non appellat abgeschwächt, kann auch nach der preußischen Verordnung vom 21. Juli 1849, § 47, Abs. 2, Verordnung vom 24. Juni 1867, § 49, Abs. 2, Hannover § 166, Oldenburg Art. 115, Baden Art. 1109, österreichischer Entwurf § 668 gegen Versäumnißurtheile Berufung eingelegt werden. Durch den Ausschluß der thatsächlichen Erörterungen wird aber der Charakter des Rechtsmittels nach dem bezeichnenden Ausdruck der preußischen Motive S. 158 denaturirt und derselbe der Revision genähert. Auch der Ver-

ach, die Zulässigkeit des neuen Vorbringens allgemein auf den Fall des Nachweises einer unverschuldeten Versäumniß zu beschränken — Württemberg Art. 652, 717, hannoverscher Entwurf §§ 582, 589, sächsischer Entwurf § 998 — muß erhebliche Verwickelungen des Verfahrens zur Folge haben".

Diese Neuerung, welche der Entwurf einführen will, würde aber eine Verschlechterung unseres bisherigen Verfahrens sein. Zunächst hat man nicht erwogen, daß die Frist zur Einlegung des Einspruchs nach § 294 des Entwurfs nur zwei Wochen beträgt, während die Berufungsfrist nach § 457 einen Monat dauert. Man nimmt sonach dem wegen Versäumniß Verurtheilten einen Theil der Frist.

Es liegt aber auch nicht im öffentlichen Interesse, daß jeder Prozeß schon in erster Instanz contradictorisch verhandelt werde. Der Prozeß soll doch nur die Entscheidung auf dem kürzesten und dem Interesse der Parteien entsprechenden Wege herbeiführen. Läßt also der Säumige die in erster Instanz zu seinen Ungunsten ergangene Entscheidung als Erkenntniß erster Instanz gelten und zieht er es vor, die Sache gleich in der zweiten Instanz zur Entscheidung zu bringen, so sieht man nicht ein, warum er im öffentlichen Interesse gezwungen werden soll, den Prozeß durch Einspruch in die erste Instanz zurück zu versetzen. Noch weniger liegt dies im Interesse des Klägers, weil durch diesen Zwang die endgültige Entscheidung in immer weitere Ferne gerückt wird.

Der Theoretiker irrt aber auch, wenn er glaubt, daß in der Praxis große Schwierigkeiten daraus entstehen, wenn erst in der zweiten Instanz der Prozeß contradictorisch verhandelt wird. Auch im preußischen Prozesse ist nach § 31 der Verordnung vom 21. Juli 1846 die Restitution gegen Contumacialerkenntnisse zulässig, ohne daß erhebliche Hinderungsgründe anzugeben oder zu bescheinigen sind. Dennoch kommt es sehr häufig vor, daß gegen Versäumnißurtheile gleich appellirt wird. Diese Fälle sind, wie die tägliche Erfahrung lehrt, keineswegs so schwierig, daß um deshalb diese Neuerung nöthig wäre. Somit fehlt es an jedem wirklich practischen Bedürfnisse, die Freiheit der Parteien nach Maßgabe des besprochenen Paragraphen zu beschränken.

Wenn ferner im 2. Absatz des § 454 von einem „dem Einspruche nicht unterliegenden Versäumnißurtheil" die Rede ist, so weiß man nicht, welche Versäumnißurtheile damit gemeint sein sollen, da nach § 293 des Entwurfs jedes Versäumnißurtheil dem Einspruche unterliegt.

17.

Nach §§ 469 und 470 des vorliegenden Entwurfs dürfen die Parteien prozeßhindernde Einreden, auf welche sie wirksam verzichten können, und neue Ansprüche zum Zwecke der Compensation in zweiter Instanz nur anbringen, wenn sie glaubhaft machen, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sind, dies in erster Instanz zu thun.

Man sieht jedoch nicht, warum prozeßhindernde Einreden weniger als andere Einreden zulässig sein sollen und warum wegen liquider Gegenansprüche, denn nur solche sind compensabel, ein neuer Prozeß angestellt werden soll, wenn der Verurtheilte sie in erster Instanz vielleicht darum nicht angebracht hat, weil er des Klägers Anspruch für ganz unbegründet hielt.

Man beschränkt durch diese Vorschriften ohne practischen Grund die Befugniß des Berufenden, in der zweiten Instanz sein Recht im vollen Umfange zur Geltung zu bringen, und thut gut, die §§ 469 und 470 ganz zu streichen.

18.

Es bestimmen im vorliegenden Entwurf:

§ 457.

Die Berufungsfrist beträgt einen Monat; sie ist eine Nothfrist und beginnt mit der Zustellung des Urtheils.

Die Berufung kann gleichzeitig mit der Zustellung des Urtheils eingelegt werden. Die Einlegung vor Zustellung des Urtheils ist wirkungslos.

§ 458.

Die Einlegung der Berufung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes.

Derselbe muß enthalten:

1. die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches die Berufung gerichtet wird;
2. die Erklärung, daß gegen dieses Urtheil Berufung eingelegt werde;
3. die Ladung des Berufungsbeklagten vor das Beru-

fungsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Berufung.

§ 476.

Das Berufungsgericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen.

Zunächst schweigt das Gesetz darüber, ob die Zustellung des Schriftsatzes durch Vermittelung des Gerichtsschreibers erster Instanz erfolgen kann, und ob, wie es bisher im preußischen Prozeß zulässig ist, die niederzulegende Abschrift der Appellationsschrift beim Gerichtsschreiber erster Instanz überreicht wird, so daß sie von diesem an das Berufungsgericht zu befördern ist, oder ob nur der Gerichtsschreiber zweiter Instanz anzugehen ist.

Die Begründung rechtfertigt den § 476 wie folgt:

„Da mit der Berufung das Prozeßgericht erster Instanz nicht befaßt ist, so kann diese Prüfung nicht diesem Gerichte, und zwar weder definitiv (Braunschweig § 135, Oldenburg Art. 249, Abs. 1, sächsischer Entwurf § 933), noch mit interimistischer Wirkung (Baden § 1111, Württemberg Art. 644), sondern nur dem Berufungsgerichte zustehen. Die Prüfung folgt hier, wie in den gleichen Fällen der §§ 296, 513, 528, Abs. 1, immer erst nach mündlicher Verhandlung, da kein Grund vorliegt, wie Oldenburg Art. 256, Braunschweig § 226, österreichischer Entwurf § 654, Abs. 1, diese wichtige Frage, bei welcher der Gegner auch wegen des Anschließungsrechts interessirt ist, der mündlichen Verhandlung zu entziehen, und überdies eine frühere Prüfung die Gefahr in sich schließt, durch Versagung der Terminsbestimmung und Verhinderung der zur Erhaltung des Rechtsmittels nöthigen Zustellung an den Gegner das Rechtsmittel unwiderbringlich zu entziehen."

Diese Gefahr der Entziehung des Rechtsmittels rührt aber nur daher, daß der Entwurf im § 458 bestimmt, die Berufung sei nur dann rechtzeitig erfolgt, wenn die Berufungsschrift dem Gegner innerhalb der einmonatlichen Frist zugestellt ist.

Nun liegt aber wohl die rechtzeitige Beantragung der Zustellung beim Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber, nicht aber die rechtzeitige Bewirkung der Zustellung in der Hand des Berufenden.

Sind freilich die Parteien durch Anwalte vertreten, so läßt sich die Zustellung nach § 174 des Entwurfs leicht von Anwalt zu Anwalt bewirken.

Die Berufung ist aber jetzt nach dem Entwurf auch gegen die Erkenntnisse zulässig, welche nicht im Anwaltsprozesse ergangen sind. Ist also der Berufene noch ohne Anwalt, so muß der Berufende die Zustellung bei dem Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber so zeitig beantragen, daß die Zustellung noch innerhalb der einmonatlichen Frist erfolgen kann. Dies kürzt ihm die Frist zur Ueberlegung und Anfertigung der Berufungsschrift erheblich ab. Auch kann das Rechtsmittel leicht verloren gehen, wenn der Gerichtsschreiber oder Gerichtsvollzieher nicht rasch genug zu Werke geht.

Diesen Uebelständen beugt man vor, wenn man in Uebereinstimmung mit unserem bisherigen Verfahren den ersten Satz des § 458 dahin faßt:

> Die Einlegung der Berufung erfolgt dadurch, daß dem Gerichtsschreiber des erkennenden Gerichts ein Schriftsatz mit dem Gesuche um Zustellung überreicht wird. Der Gerichtsschreiber hat das Gesuch nebst dem Schriftsatze und den Acten sofort dem Gerichtsschreiber des Berufungsgerichts zu übersenden.
>
> Der Schriftsatz muß enthalten u. s. w.

Wird dies vorgeschrieben, so fällt der Grund fort, aus welchem die Begründung dem Gerichte die vorläufige Prüfung der Beobachtung der Förmlichkeiten entziehen will. Vielmehr ermöglicht diese rasch eintretende vorläufige Prüfung und Entscheidung dem Berufenden die rechtzeitige Nachholung des Versäumten, wogegen diese Nachholung in der Regel nicht mehr möglich sein wird, wenn das Gericht den Mangel erst nach vorgängiger mündlicher Verhandlung rügt.

So kommt es häufig vor, daß von Parteien, welche in erster Instanz ihre Sache selbst geführt haben, Appellationsschriften eingehen, welche nicht, wie es im preußischen Prozeß vorgeschrieben ist, von einem Rechtsanwalt unterschrieben sind. Auch nach §§ 116 und 117 des Entwurfs ist diese Unterschrift eines Rechtsanwalts nöthig. Findet sich dieser Mangel, so wird bei uns jetzt die Schrift ohne Weiteres zurückgegeben. Der Berufende kann dann dem Mangel oft noch innerhalb der Frist abhelfen, womit er nach stattgefundener mündlicher Verhandlung zu spät kommt.

Für die Zulassung dieser vorläufigen Prüfung zur Vermeidung

unnützer Arbeit und Kosten sprechen auch die oben unter II, 12 angeführten Gründe.

Deshalb dürfte der § 476 dahin zu fassen sein:

Das Berufungsgericht hat nach Eingang der Acten sofort zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen, ohne daß es der Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung bedarf.

Gegen die zurückweisende Verfügung ist nur die sofortige Beschwerde zulässig (§ 516).

19.

Nach §§ 475 und 608 des vorliegenden Entwurfs soll gegen den Beschluß über die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Erkenntnisses gar keine Beschwerde zulässig sein. Da aber bei solchen Beschlüssen Mißgriffe vorkommen können, so ist auch gegen solche Beschlüsse die sofortige Beschwerde zu gestatten.

20.

Nach § 489, Nr. 3 des vorliegenden Entwurfs soll eine Entscheidung als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend angesehen werden, wenn ein erkennender Richter wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt und dem Ablehnungsgesuche Folge gegeben war.

Der § 42 bestimmt in dieser Beziehung:

Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in welchen er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt werden.

Man begreift also nicht, warum es eine Verletzung des Gesetzes sein soll, wenn einem begründeten Ablehnungsgesuche Folge gegeben ist. Auch die Begründung giebt hierüber keinen Aufschluß.

21.

§ 534 des vorliegenden Entwurfs bestimmt für den Urkunden- und Wechselprozeß:

Widerklagen sind nicht statthaft.

Diese Vorschrift vereinfacht freilich das Verfahren, sie vervielfältigt aber die Prozesse ohne Grund und benachtheiligt den Verklagten

erheblich, wenn er z. B. Ansprüche an den Kläger hat, welche gleichfalls auf Urkunden, z. B. einen Revers des Klägers oder auf vom Kläger beigebrachten Urkunden, stützen, oder wenn der Verkla nach den von ihm vorgelegten Quittungen bereits zu viel an den Klä bezahlt zu haben behauptet.

Man kann deshalb nur bestimmen:

Widerklagen sind nur nach den für die Klage geltend Vorschriften zulässig.

22.

Die das Mahnverfahren betreffenden §§ 587 und 588 lauten:

§ 587. Der Schuldner kann (nach Erlassung des Zahlungsbefehls) gegen den Anspruch oder einen Theil desselben Widerspruch erheben, so lange der Vollstreckungsbefehl nicht verfügt ist.

Das Gericht hat den Gläubiger von dem rechtzeitig erhobenen Widerspruch in Kenntniß zu setzen und dem Schuldner auf Verlangen eine Bescheinigung darüber zu ertheilen, daß er rechtzeitig Widerspruch erhoben habe.

Einer Zurückweisung des nicht rechtzeitig erhobenen Widerspruchs bedarf es nicht.

§ 588. Durch die rechtzeitige Erhebung des Widerspruchs gegen den Anspruch oder einen Theil desselben verliert der Zahlungsbefehl seine Kraft.

Man frägt aber: wie kann sich der Empfänger des Zahlungsbefehls helfen, wenn er die Frist aus Versehen versäumt hat?

Die Begründung schweigt hierüber. Auch die Vorschriften des Entwurfs geben kein Hülfsmittel an die Hand.

Nach § 204 ff. des Entwurfs kann zwar einer Partei, welche du Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert ist, ei Nothfrist einzuhalten, auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorig Stand ertheilt werden. Die im Zahlungsbefehl gesetzte Frist bezeich aber der Entwurf nicht als eine Nothfrist, und nach § 194 des E wurfs sind nur diejenigen Fristen als Nothfristen anzusehen, welche i Gesetzbuche als solche bezeichnet worden.

Außerdem steht nach § 293 des Entwurfs derjenigen Partei, geg welche ein Versäumnißurtheil erlassen ist, der Einspruch gegen dasselbe z

Nun sagt der Entwurf aber nirgend, daß der Zahlungsbefehl als Versäumnißurtheil anzusehen sei, wenn kein Widerspruch erhoben worden. Es würde jedoch auch nichts helfen, wenn man den unwidersprochenen Zahlungsbefehl als ein Versäumnißurtheil ansehen wollte, denn die 14tägige Frist der Einlegung des Einspruchs beginnt nach § 294 des Entwurfs mit dem Tage der Zustellung des **Versäumnißurtheils**. Mit dem Tage der Zustellung des Zahlungsbefehls beginnt aber nach § 585 des Entwurfs auch die Frist zur Erhebung des Widerspruchs. Beide Fristen fallen also zusammen.

Man könnte glauben, daß dem Empfänger des Zahlungsbefehls, welcher aus Versehen den Widerspruch zu erheben versäumt hat, um deshalb das Recht zum Einspruch vorenthalten werden könne, weil der § 587 des Entwurfs die Frist zur Erhebung des Widerspruchs bis dahin verlängert, daß der Vollstreckungsbefehl verfügt ist. Diese Verlängerung kommt aber dem Empfänger nur zu statten, wenn der Gläubiger säumig ist. Paßt aber der Gläubiger auf und bittet er, um das Versehen oder die zeitige Abwesenheit des angeblichen Schuldners auszubeuten, gleich nach Ablauf der Frist zum Widerspruch um sofortige Ertheilung des Vollstreckungsbefehls, so tritt diese Verlängerung der Widerspruchsfrist nicht ein. Dies kann zu argen Uebervortheilungen benutzt werden, denn nach dem Entwurf ist das Mahnverfahren ohne Rücksicht auf den Betrag der Forderung zulässig.

Deshalb dürfte noch zu bestimmen sein:

> Dem Empfänger des Zahlungsbefehls, welcher die 14tägige Frist zur Erhebung des Widerspruchs versäumt hat, steht der Einspruch (§§ 293—297) zu.
>
> Die Frist zu dessen Einlegung beginnt mit Ablauf der Frist zur Erhebung des Widerspruchs.

23.

Der § 651 des Entwurfs erwähnt unter den Urkunden, auf Grund deren ohne vorgängigen Prozeß die Zwangsvollstreckung stattfindet, die von Schiedsmännern aufgenommenen Vergleiche nicht. Deshalb werden diese noch zu erwähnen sein.

Nach Nr. 4 dieses Paragraphen findet die sofortige Zwangsvollstreckung ferner statt:

> **aus Urkunden, welche von einem deutschen Gerichte oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner**

Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

Diese Vorschrift giebt dem Zweifel Raum, ob auch aus solchen Urkunden, Inhalts deren die Zahlung auf Kündigung erfolgen soll, die Zwangsvollstreckung ohne Weiteres stattfinden, und wie, wenn dies der Fall sein soll, dem Gerichtsschreiber, welcher nach § 612 des Entwurfs die vollstreckbare Ausfertigung ertheilen soll, die Fälligkeit der Forderung nachzuweisen ist.

Die Begründung bemerkt: es seien hier dieselben Schranken gezogen wie bei der Zulassung des Urkundenprozesses. Diese Gleichstellung ist aber in Beziehung auf die Fälligkeit der Forderung nicht erfolgt. Denn der Urkundenprozeß ist nach § 651 des Entwurfs nur zulässig, wenn die sämmtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden können. Zur Begründung des Anspruchs gehört aber auch der Nachweis von dessen Fälligkeit. Deshalb muß im Urkundenprozeß auch die Fälligkeit der Forderung durch Urkunden bewiesen werden. Nun kann es doch nicht beabsichtigt werden, bei Zulassung der sofortigen Zwangsvollstreckung auf Grund von gerichtlichen Urkunden weiter zu gehen, also aus Urkunden mit ungewisser Zahlungszeit die sofortige Zwangsvollstreckung zuzulassen.

Somit dürfte der Schluß von Nr. 4 dahin zu fassen sein:

welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Menge anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere an einem bestimmten Tage zum Gegenstande hat und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

Nach Nr. 3 dieses Paragraphen soll auch aus Vollstreckungsbefehlen die sofortige Zwangsvollstreckung zulässig sein. Was dies für Vollstreckungsbefehle sein sollen, ergiebt auch die Begründung nicht. Deshalb dürften jedenfalls die betreffenden Vorschriften des Entwurfs zu allegiren sein. § 587 des Entwurfs spricht von einem Vollstreckungsbefehl beim Mahnverfahren.

24.

Die Bd. VI, S. 101 ff. dieser Zeitschrift hervorgehobenen Mängel des § 660 des Entwurfs von 1871 sind in dem entsprechenden § 696 des vorliegenden Entwurfs nur zum kleinsten Theil beseitit.

25.

§ 789 des vorliegenden Entwurfs lautet:

Bei Werthpapieren, für welche von Zeit zu Zeit Zinsscheine oder Gewinnantheilsscheine ausgegeben werden, ist der Aufgebotstermin dergestalt zu bestimmen, daß in die Zwischenzeit der Tag fällt, an welchem neue Zinsscheine oder Gewinnantheilsscheine auszugeben sind.

Vor Erlassung des Ausschlußurtheils hat der Antragsteller ein Zeugniß der betreffenden Behörde, Kasse oder Anstalt beizubringen, daß die Urkunde zur Ausgabe der neuen Zinsscheine oder Gewinnantheilsscheine nicht vorgelegt sei.

Der Zweck dieser Vorschrift, die vorzeitige Kraftloserklärung solcher Papiere zu verhindern, wird aber nicht erreicht, wenn der Termin gleich nach dem Tage angesetzt wird, an welchem zuerst neue Zins- oder Gewinnantheilsscheine ausgegeben werden und wenn das nach Absatz 2 des Paragraphen erforderliche Zeugniß zu gleicher Zeit ausgestellt ist, weil diese Scheine nicht gleich am ersten Tage eingereicht zu werden pflegen.

Deshalb dürfte der zweite Absatz dahin zu fassen sein:

Vor Erlassung des Ausschlußurtheils hat der Antragsteller ein Zeugniß der betreffenden Behörde, Kasse oder Anstalt beizubringen, daß die Urkunde auch innerhalb drei Monat von dem Tage ab, an welchem mit der Ausgabe der zu solcher Urkunde gehörigen Zins- oder Gewinnantheilsscheine begonnen werden sollte, nicht vorgelegt sei.

XVII.

Zur Reform des Rechtsstudiums an den preußischen Hochschulen.

Von Herrn Prof. Felix Dahn.

Einer der nächsten Sessionen des preußischen Landtags wird das Unterrichts-Gesetz vorgelegt werden, welches auch das Studium an den Universitäten berühren und voraussichtlich vielfach reformiren soll.

Es möge gestattet sein, dermalen, da der Gesetz-Entwurf in dem Stadium der Berathung durch die zuständigen Ministerien sich bewegt, auf einen Uebelstand in der Einrichtung dieser Studien hinzuweisen, welcher der Abhülfe, nach der Ueberzeugung des Verfassers, dringend bedarf: es ist dies die zu kurz bemessene Zeit von sechs Semestern für das juristische Studium.

Es scheint unerläßlich, für die Zukunft als Regel acht Semester obligatorisch zu machen, so daß nur ausnahmsweise, in besonderen Fällen, wie bisher von den sechs normalen Semestern, Entbindung zu ertheilen wäre.

Schon als ich aus der Lehrthätigkeit in Bayern, wo acht Semester die Normalzeit bilden, nach Preußen übertrat, hatte ich lebhafte Zweifel an der „Sufficienz" von sechs Semestern, und meine Erfahrungen in fünf Halbjahren haben jenen Zweifeln Recht gegeben.

Die Festsetzung jener Studienzeit von sechs Semestern stammt aus einer Periode (oder doch aus festgehaltenen Anschauungen einer Periode), in welcher die Zahl der zu hörenden Vorlesungen und der Reichthum des in denselben von Lernenden und Lehrern zu bewälti-

genden Stoffes viel geringer war (oder doch angeschlagen wurde) als dermalen.

Man legte damals, so scheint es, noch nicht großes Gewicht darauf, daß der Rechtscandidat auch auf dem Gebiet der cameralistischen Disciplinen wenigstens die wichtigsten Vorlesungen: Volkswirthschaftslehre, Finanzwissenschaft, Statistik, Polizei höre. Man wünschte vielleicht gar nicht einmal, daß die künftigen Staatsdiener in Justiz und Verwaltung, dann die Rechtsanwälte und Advocaten, überhaupt die Rechtskundigen in Preußen sich mit dem Staatsrecht sehr eingehend befaßten: daß z. B. neben preußischem Staatsrecht und deutschem Bundesrecht auch Politik, allgemeine Staatslehre gehört werde.

Wenigstens muß es sehr auffallen, wie wenige Stunden an preußischen Hochschulen im Vergleich mit den süddeutschen, zunächst den bayerischen, dem Staatsrecht bis zum Jahre 1867 und 1871 zugewendet wurden und zum Theil noch jetzt werden: in Preußen dermalen gewöhnlich Ein Colleg von fünf Stunden für deutsches Reichsrecht und preußisches Staatsrecht zusammen (früher etwa im Ganzen vier Stunden „Staatsrecht," d. h. preußisches, mit wenigen Worten über deutsches Bundesrecht); in Bayern, wenigstens in München und Würzburg, ein Colleg von vier bis fünf Stunden allgemeine Staatslehre, ein Colleg von fünf Stunden deutsches Staatsrecht, ein Colleg von fünf Stunden bayerisches Verfassungsrecht, ein Colleg von vier bis fünf Stunden bayerisches Verwaltungsrecht.

Das Recht des deutschen Bundes war denn auch an Umfang, Schwierigkeit, Wichtigkeit nicht zu vergleichen mit dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht unseres deutschen Reichs.

Polizei- und Verwaltungsrecht wurde an vielen preußischen Universitäten gar nicht gelesen.

Das Studium des Kirchenrechts und Kirchen-Staatsrechts hat in unsern Tagen eine ganz unvergleichlich größere Bedeutung gewonnen, als diesen Lehren früher zukam.

Das Handels-, Wechsel- und Seerecht hat einen solchen Umfang, eine solche Wichtigkeit, eine so reiche Literatur und neue Praxis angenommen, daß die früher in den Vorlesungen über deutsches Privatrecht dafür abgesparten Stunden entfernt nicht mehr ausreichen. Die jetzt gewöhnlich dafür bestimmte fünfstündige Vorlesung vermag den so belangreichen Stoff kaum mehr zu bewältigen: es würde sich sehr wohl eine vierstündige Vorlesung für Handelsrecht, eine

dreistündige für Wechselrecht, eine zweistündige für Seerecht neben einander rechtfertigen.

Die deutsche Rechtsgeschichte hat eine Vertiefung und Bereicherung erfahren, welche früher kaum der römischen zuerkannt wurde: es ist schlechterdings nicht mehr möglich, in den für diese Vorlesung herkömmlichen fünf Stunden neben der Quellengeschichte und der Verfassungsgeschichte die Geschichte der Institute des Privatrechts erschöpfend zu geben, geschweige denn auch das Strafrecht, den Civil- und Strafproceß der Germanen darzustellen. Gerade eine solche Behandlung der deutschen Rechtsgeschichte, welche dieselbe stets in lebendigem Zusammenhang mit den Culturzuständen entwickelt und die doch sehr wünschenswerth ist, wird durch solche Beschränkung der Zeit fast undurchführbar.

Die lebhaften Kämpfe unserer Zeit, in welchen die alten principiellen Streitfragen über die Abgrenzung des Macht- und Wirkungsgebiets von Staat und Gesellschaft, Staat und Kirche, Recht und Moral, Moral und Religion in neuen Wendungen ausgefochten werden, machen eine gründliche rechtsphilosophische Durchbildung unserer heranwachsenden Juristen-Generation dringend wünschenswerth.

Eine Vorlesung über allgemeine Staatslehre (Politik) auf Grund vergleichender Verfassungsgeschichte scheint als Einführung in das Studium der positiven Staatsrechte, des deutschen Reichsrechts und des preußischen Staatsrechts, dermalen fast unerläßlich: schon die complicirte Natur der staatlichen Gebilde in unsrem Reich setzt solche allgemeine Orientirung voraus. Und es ist pädagogisch sehr mißlich, den nur an privatrechtliche Begriffe gewöhnten Anfänger ohne solche vermittelnde, überleitende Vorbereitung plötzlich in das Detail eines positiven Staatsrechts zu stürzen: man muß dann in der betreffenden Vorlesung allgemeine Einleitungen und verfassungsgeschichtliche Rückblicke geben, welche allzuviel Zeit der Darstellung des positiven Rechtsstoffes wegnehmen. Auch ist ein solches Colleg, auf vergleichender Rechts- und Verfassungsgeschichte aufgebaut, eine sehr wohlthätige Einpflanzung historischer Schulung, historischer Anschauung, eine gute Vorbeugung oder auch Austreibung gegenüber dem schalen und utopistischen Radicalismus, dem oft gerade die strebsamste Jugend befällt.

Man hat sich ferner überzeugt, daß, nicht minder als theologische, philologische und historische, juristische Seminarien nothwendig sind; es ist darüber wohl kein Wort mehr nöthig: in Bayern haben her-

ragende und eifrige Lehrer ohne und vor Staatseinrichtungen dieser rt auf eigene Faust und mit eigenen Mitteln, gemeinsam oder einln, ihre Privatissima zu Seminarien gestaltet: die Einrichtung derlben in Preußen ist ein sehr großer Fortschritt: das Seminar geöhnt und zwingt die Glieder desselben energisch, juristisch zu denken, nöthigt den Lehrer, stets nahe Fühlung mit dem Bedürfniß und r Fähigkeitsstufe der Studirenden zu halten, es begegnet einer von r Lernfreiheit untrennbaren Gefahr wenigstens einigermaßen — der efahr, daß der Lehrer zu einem imaginären Auditorium spricht und in wirkliches nicht fördert, weil er es überschätzt[1]).

Werden nun aber die Seminarien von Lehrern und Lernenden it Eifer geleitet und benutzt, so ergiebt sich für beide ein ganz außerordentliches Maß von Arbeitslast und Zeitaufwand neben den Vorlesungen: in Einem Semester habe ich z. B. von zehn Mitgliedern des Seminars einundzwanzig schriftliche Arbeiten, Rechtsfälle, kleine Aufsätze, größere Abhandlungen eingeliefert erhalten.

Es ist also im Gebiet der Staatswissenschaften, des Staatsrechts, des Kirchenrechts, des Handelsrechts, der Rechtsphilosophie, der deutschen Rechtsgeschichte, endlich durch die Seminarien eine ganz bedeutende Vertiefung, Bereicherung, Vermehrung des zu bewältigenden Stoffes eingetreten[2]).

Stellen wir nun die Frage, ob ein Studirender selbst von mehr als durchschnittlicher Begabung und mehr als gewöhnlichem Fleiße diesen Stoff in sechs Semestern (von denen die Sommersemester that-

[1]) Allerdings kann der Natur der Sache nach der Kreis der in jedem einzelnen Semester in dem Seminar Beschäftigten immer nur ein sehr enger sein; recht wünschenswerth ist es, wenn, wie z. B. in München, Berlin, Königsberg, unter den Studirenden selbst juristische Vereine, Leseabende ꝛc. gebildet werden, in denen gemeinsam oft im Anschluß an die Seminarien gearbeitet wird.

[2]) Wohl ist anzunehmen, daß, wenn das erwartete deutsche Civilgesetzbuch bereits eingewurzelt sein wird, Eine Minderung der Collegien eintreten wird: die Vorlesung über preußisches Landrecht (oder rheinisch-französisches Recht) wird wegfallen, die Vorlesung über gemein deutsches Privatrecht wird sie absorbirt haben. Allein es wird wohl noch ein Jahrzehnt darüber hingehen, bis die Codification in Geltung tritt: die Uebergangszeit wird für Lehrer und Lernende neue Schwierigkeiten bringen. — Was das römische Recht anlangt, so wird dasselbe seine allgemeine propädeutische Bedeutung behalten: die Vorlesungen über römische Rechtsgeschichte und Institutionen werden bleiben und in den Pandecten werden nur die Lehren über solche Rechtsstoffe kürzer gefaßt oder auch gestrichen werden können, welche das Civilgesetzbuch selbst erschöpfend behandeln wird.

sächlich nur drei Monate zählen) derartig zu bewältigen vermag, daß er in dem bald nach dem Abgang von der Universität folgenden ersten Examen ein nicht blos tumultuarisch mit auswendig gelernten Formeln angestopftes Gedächtniß, daß er ein auf selbständigem, juristischem Denken aufgebautes wissenschaftliches Wissen zu zeigen vermag — so nehme ich keinen Anstand, diese Frage rundweg zu verneinen.

Auf ganz ausnahmsweise vorkommende Begabung und Anstrengung darf man aber keinen Studienplan bemessen.

Eine einfache Zusammenstellung der Vorlesungen und ihrer Stundenzahl wird jene Unmöglichkeit theoretisch darthun, wie sie die Ergebnisse der Prüfungen alle Jahre mehrere Male praktisch darthun — nicht aus meiner kurzen Erfahrung allein spreche ich: die Urtheile meiner Collegen, der übrigen Examinatoren, der Praktiker, bei welchen die jungen Referendare eintreten, bestätigen es.

Man wird durch die in der Mehrzahl der Fälle vor Augen tretende Unfähigkeit der Prüflinge, dasjenige zu leisten, was man von ihnen sollte verlangen können, genöthigt, einen Maßstab anzulegen, der unzulässig niedrig und unvermeidlich ungleich wird. Und dabei kann man gewiß nicht sagen, daß Mangel an Begabung und Fleiß der Studirenden regelmäßig die Schuld trage; im Gegentheil: ich muß denjenigen Studirenden in Preußen, nach welchen allein ich mein Urtheil bilden konnte, eben denen zu Königsberg, das Zeugniß geben, daß sie es in der Regel an ernstem Eifer nicht fehlen lassen.

Und doch sind ganz befriedigende Ergebnisse der Prüfungen sehr selten.

Betrachten wir nun aber die Reihenfolge der Vorlesungen, welche in sechs Semestern gehört werden sollen, und gehen wir dabei von dem Satz aus, daß kein Tag mit mehr als höchstens vier Collegstunden ausgefüllt sein soll — die fünfte Stunde ist eine Stunde der Abspannung und entschieden vom Uebel — und daß der Sonnabend für Wiederholung und Revision der die Woche über gehörten und nachgeschriebenen Vorlesungen — denn ein ordentlicher Student schreibt eine ordentliche Vorlesung nach — frei bleiben muß, so ergiebt sich folgende Vertheilung, bei welcher übrigens um der Zeitersparniß willen jedes Colleg in der Stundenzahl auf das Minimum beschränkt und das Eine oder Andere, z. B. Civilproceß, unstatthaft verkürzt erscheint:

I. Semester:	Methodologie und Encyclopädie	3 — 4 Stunden
	Römische Rechtsgeschichte . .	5 „
	Institutionen	5 „
	Volkswirthschaftslehre. . . .	5 „
		18—19 Stunden.
II. Semester:	Pandecten mit Erbrecht . . .	15 Stunden
	Deutsche Rechtsgeschichte. . .	5 „
		20 Stunden.
III. Semester:	Deutsches Privatrecht mit Handels=, Wechsel= und Seerecht	10 Stunden
	Finanzwissenschaft	5 „
	Statistik	2— 3 „
		17—18 Stunden.
IV. Semester:	Civilproceß und außerordentliche Processe	8 Stunden
	Strafrecht	5 „
	Allgemeine Staatslehre . . .	4 „
		17 Stunden.
V. Semester:	Strafproceß	5 Stunden
	Kirchenrecht.	5 „
	Preußisches Landrecht . . .	5 „
	Polizei	3— 4 „
		18—19 Stunden.
VI. Semester:	Deutsches Reichsrecht. . . .	3— 4 Stunden.
	Preußisches Staatsrecht . . .	5 „
	Völkerrecht	5 „
	Rechtsphilosophie	4— 5 „
		17—19 Stunden.

Schon hiernach ergiebt sich eine pädagogisch verwerfliche Ueberhäufung von durchschnittlich 18 Collegstunden; erwägt man nun aber, daß obiges Schema ganz außer Ansatz gelassen hat: die so unentbehrlichen Quellen=Interpretationen in exegetischen Vorlesungen, das Pandecten=Practicum, das Practicum des Civil= und Strafprocesses, die Vorlesung über Verwaltungsrecht und die Stunden und Arbeiten für die Semi=

narien, welche die Pandectisten, dann die Vertreter des deutschen Privat- und Handelsrechts der deutschen Rechtsgeschichte, des Strafrechts und Strafprocesses, des Civilprocesses, des Staatsrechts und des Kirchenrechts halten, so stellt sich die absolut unzulässige Ueberbürdung klar heraus.

Diese Ueberhäufung führt nun aber ferner oft zu einer argen Verwirrung der Reihenfolge, in welcher die Vorlesungen gehört werden, zumal wenn an mittleren und kleinen Hochschulen nicht alle wichtigeren Vorlesungen in jedem Semester gelesen werden: jenes ist in Süddeutschland — auch bei nur einfacher Besetzung der Fächer — eher zu vermeiden, weil dort für alle Studirenden das erste Semester ein Wintersemester ist; es kann also (für alle Einheimischen wenigstens) der Curs der Vorlesungen so eingerichtet werden, daß für den im ersten Wintersemester bereits Institutionen und römische Rechtsgeschichte Hörenden sich keine Schwierigkeiten und Collisionen ergeben; anders in Preußen, wo ungefähr eben so viele Studirenden zu Ostern als zum Herbst an die Universität übertreten.

Es kommt oft vor, daß Staatsrecht vor dem Privatrecht, deutsche Rechtsgeschichte erst nach dem Privatrecht und daß Pandecten und deutsches Privatrecht zusammen gehört werden, während doch der Lehrer des Privatrechts voraussetzen muß, daß deutsche Rechtsgeschichte gehört ist und Pandekten, überhaupt die römisch rechtlichen Vorlesungen, nicht nur gehört, auch studirt sind. Es empfiehlt sich, dahin zu wirken, daß in dem ersten Semester gleichzeitig mit den Institutionen Volkswirthschaftslehre gehört werde, denn die Kenntniß der wirthschaftlichen Grundbegriffe muß in die Pandectenvorlesung mitgebracht werden und der Lehrer des deutschen Privatrechts und des Handels-, Wechsel- und Seerechts muß sie jedenfalls voraussetzen dürfen; am zweckmäßigsten wird dann gleichzeitig mit den Pandecten deutsche Rechtsgeschichte und im nächsten hierauf folgenden Semester deutsches Privatrecht gehört.

Endlich tritt aber bei der Zusammenpressung eines nicht zu überwältigenden Rechtsstoffes in sechs Semester noch ein Uebelstand nothwendig hinzu, auf welchen das allerschwerste Gewicht zu legen ist: die unvermeidliche Abhaltung der jungen Juristen von allen geschichtlichen, philosophischen, literarischen, allgemein humanen Vorlesungen und Studien, in der That von allen Vorlesungen, welche nicht zu dem Examen unerläßlich gehören.

Hier in Königsberg wenigstens kommt es ganz außerordentlich

selten, ja man mag sagen, fast gar nie vor, daß ein Jurist auch nicht-juristische Vorlesungen hört, wie: deutsche Geschichte, preußische Geschichte, Geschichte der Philosophie, Logik, Psychologie, Literaturgeschichte, römische oder deutsche Alterthümer; und in der That, in den sechs Semestern ihres akademischen Gesammtstudiums bleibt ihnen dafür auch keine Zeit übrig.

Das ist nun aber doch wahrlich auf das Tiefste zu beklagen.

Die Universität hat nicht die Aufgabe einer bloßen Fachschule. Und es ist durchaus nicht löblich, daß in dem Staate Preußen ein sehr großer, wenn nicht gar der größere Theil aller Juristen jüngerer Generation, also Richter, Verwaltungsbeamte, Anwälte, nie im Leben eine Vorlesung über deutsche, preußische Geschichte, Philosophie, deutsche Literatur gehört hat.

In Bayern ist die normale Studienzeit auch für die Juristen acht Semester; dabei besteht die höchst ersprießliche Einrichtung des sogenannten „philosophischen Jahres“ oder des „philosophischen Abgangszeugnisses,“ d. h. jeder Jurist, der sich zu dem ersten (theoretischen) Examen meldet, muß nachweisen, daß er im Laufe der acht Semester acht der philosophischen Facultät angehörige Vorlesungen belegt hat; die Wahl dieser acht Vorlesungen steht frei, ein Zwang zum Besuch oder eine Prüfung aus denselben findet nicht statt. Erfahrungsgemäß aber werden diese Vorlesungen sehr fleißig besucht: nicht die wenig zahlreichen Philologen oder Historiker sind es, welche z. B. in München die Säle der Professoren der Geschichte, der Philosophie u. s. w. füllen, sondern die Juristen der ersten Semester.

Ganz regelmäßig werden dann selbstverständlich auch die beiden Semester des sogenannten philosophischen Jahres schon auf juristische Vorlesungen verwendet, so daß sich thatsächlich acht Semester für das Fachstudium ergeben, von welchen nur die ersten beiden mit philosophisch-historischen mit ausgefüllt werden, etwa in folgender Weise:

I. Semester: Römische Rechtsgeschichte.
Deutsche Geschichte.
Römische Alterthümer.
Volkswirthschaftslehre.

II. Semester: Institutionen.
Geschichte der Philosophie.
Deutsche Literaturgeschichte.
Deutsche Alterthümer.

Oder es werden gleich im ersten akademischen Semester mit der Rechtsgeschichte auch Institutionen gehört, so daß im zweiten akademischen, jedesfalls aber im dritten akademischen (und ersten juristischen) Semester bereits Pandecten gehört werden können (in diesem oder dem nächsten werden dann zugleich die etwa noch fehlenden ein bis zwei philosophischen Vorlesungen belegt), alsdann läßt sich der juristische Stoff ohne Ueberladung in den noch übrigen fünf oder sechs Semestern bewältigen; das allmälige, anfänglich nur in ein oder zwei Vorlesungen vorschreitende Eintreten in das Rechtsgebiet an der Hand geschichtlicher, philosophischer, philologischer, volkswirthschaftlicher Vorlesungen wirkt sehr günstig: es wird den Leuten nicht durch die Nöthigung, massenhaft den anfangs halb unverdaulichen Stoff aufzunehmen, die Lust an dem Fachstudium verleidet. Ferner: die Erfahrung lehrt, daß selten ein Rechtscandidat mit Eifer und Verständniß Pandecten und die späteren Vorlesungen hört, wenn er nicht schon die Institutionen-Vorlesung fleißig zu Hause mit Lesung des Corpus Juris, mit Interpretation der Quellenstellen sich angeeignet hat; das ist nun aber viel eher zu erwarten, wenn der Institutionen Hörende nur diese Vorlesung zu studiren hat (denn für die nichtjuristischen Vorlesungen werden regelmäßig zu Hause nicht mehr besonders anstrengende Studien gemacht), als wenn er im gleichen Semester noch andere juristische Collegien, z. B. Rechtsgeschichte, hören und studiren soll. Springen die jungen Leute gleich in das juristische Fachstudium, mit der wirklichen Schwierigkeit, in sechs Semestern fertig werden zu sollen, so geht die freie Begeisterung leicht verloren.

Man wende nicht ein, es stehe ja frei, länger auf der Universität zu bleiben: wenn der Staat sechs Semester als das Normale und Genügende aufstellt, werden bei dem Drang unserer Zeit nach früh zu erreichender Selbstversorgung eben nur ganz ausnahmsweise Väter und Söhne längere Frist den Universitätsstudien zuwenden wollen. In acht Semestern, ich wiederhole es, kann ohne Ueberhäufung der Rechtsstoff aufgenommen und daneben von dem jungen Juristen eine allgemein menschliche Bildung in Geschichte, Philosophie, Literatur gewonnen werden, welche wir Deutschen uns nicht über dem eilfertigen Drängen nach Erledigung des Brodstudiums sollten abhanden kommen lassen: sie war ein feiner Ruhm unserer Väter und Großväter.

Es soll nicht verkannt werden, daß die preußischen den bayerischen (wenigstens den mir näher bekannten) entschieden überlegenen

Gymnasien bis auf einen gewissen Grad jene geschichtlich-philosophische Bildung ersetzen, aber eben doch nur sehr ungenügend, denn die beste Gymnasialbildung macht die auf Selbstthätigkeit beruhenden akademischen Studien nicht entbehrlich.

Es wären daher unseres Erachtens folgende Reformen sehr wünschenswerth:

I. Statt der bisherigen sechs Semester acht Semester juristischen Studiums als Regel obligatorisch; Entbindungen zulässig wie bisher von den obligatorischen sechs Semestern in besonderen Fällen.

II. Will man nicht die bayerische Einrichtung — Erforderniß des Nachweises einer Anzahl von philosophischen Vorlesungen bei der Meldung zum Referendarien-Examen — hinübernehmen, so müßte man auf anderen Wegen dasselbe Ziel zu erreichen suchen, die aber nicht so sicher führen, z. B. die Aufnahmen in die Seminarien von solchem Nachweis abhängig machen, was nach dem für unsere Facultät erlassenen Regulativ übrigens schon jetzt jedem einzelnen Seminardirector freisteht.

III. Sehr empfehlen würde sich die Einführung einer ähnlichen Zwischenprüfung (Admissions-Examen, Tentamen physicum), wie sie für Mediciner in Preußen und Bayern besteht; es wäre diese Prüfung auf Institutionen, römische Rechtsgeschichte, Pandecten (deutsche Rechtsgeschichte?) und Volkswirthschaftslehre zu erstrecken und etwa nach dem dritten Semester abzuhalten: dadurch würde die oft ziemlich unfleißige Haltung während der ersten beiden Semester erschwert und die Gewöhnung an ernstes Arbeiten von Anfang an befördert werden; der Durchgefallene würde im nächsten Semester das Examen noch einmal zu bestehen haben und erst dann Zutritt zu den später zu hörenden Vorlesungen gewinnen. Dadurch würde ferner die Last des für das Referendarien-Examen im Gedächtniß bereit zu haltenden Stoffes verringert, denn auf die bezeichneten Fächer würde sich dann das (mündliche) Referendarien-Examen nicht noch einmal erstrecken. Eine unstatthafte Verkürzung der Lernfreiheit kann man in diesen Vorschlägen gewiß nicht erblicken, denn Nöthigung zum Besuch der zu belegenden philosophischen Vorlesungen oder eine Prüfung aus denselben soll nicht stattfinden (sie müssen für sich soviel Anziehungskraft haben, daß der Student, der sie bezahlen muß, sie auch gerne hört!) und das Admissions-Examen enthält ja nur eine Theilung der Examensgegenstände, sowie allerdings Eine Nöthigung, nämlich die: die an-

geführten Disciplinen vor den andern zu hören; diese Röthigung aber erzwingt nur, was in den allermeisten Fällen ohnehin von selbst geschieht und vernünftigerweise in allen geschehen soll.

Die andere Röthigung aber, schon in den ersten Semestern zu arbeiten und erst nach Aneignung jener grundlegenden Stoffe weiter zu schreiten im Rechtsstudium, diese Röthigung ist eine pädagogisch durchaus gerechtfertigte: jeder Studirende wird dankbar sein müssen für die Anhaltung zum ernsten Anfassen der Dinge von Anfang an, für die Abschneidung der „Verbummelung" der ersten Semester, für die Theilung und darin liegende wesentliche Erleichterung des Prüfungsstoffes.

IV. Jedesfalls aber ist dermalen schon an jeder Hochschule dem Rechtscandidaten bei der Inscription von dem Decan eine kurze, gedruckte Anweisung über die Reihenfolge der zu hörenden Vorlesungen einzuhändigen.

Literatur.

11.

Zur Lehre von der actio Pauliana, insbesondere, unter welchen Voraussetzungen kann ein vom Schuldner bestelltes Pfandrecht erfolgreich mittels der gedachten Klage angegriffen werden? Eine civilistische Studie von **H. Hasenbalg**, Appellations-Gerichts-Rath zu Celle. Berlin. Franz Vahlen. 1874.

Der Verfasser erklärt es für seine nächste Absicht, zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen ein für eine bereits bestehende Forderung bestelltes Pfandrecht mit der actio Pauliana angefochten werden könne. Zu diesem Zweck sei es indessen nothwendig gewesen, auch einige Punkte aus dem allgemeinen Theile der actio Pauliana zu erörtern.

In § 1 führt er aus, daß die actio Pauliana den Gläubigern nur dann zusteht, wenn sie durch die betreffende Handlung des Schuldners benachtheiligt sind. Hieraus folgt auch bereits der Satz, welcher an der Spitze des § 2 steht, daß nämlich befriedigte Gläubiger niemals berechtigt sind, die actio Pauliana anzustellen.

Weiter wird gefragt, in welcher Weise der benachtheiligende Erfolg für die Gläubiger eingetreten sein muß. Unzweifelhaft steht hier die actio Pauliana zu, wenn der Schuldner bereits vor der Veräußerung zahlungsunfähig war oder es doch durch die Veräußerung wurde. Anders liegt der Fall, wenn „durch die betreffende Verminderungshandlung selbst der Schuldner noch nicht in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit versetzt“ worden, wenn er aber bereits damals noch andere „Verminderungshandlungen“ vorzunehmen beabsichtigte und diese Absicht ausführte. Das O. A. G. zu Oldenburg (Seuffert V, 95) hat hier die actio Pauliana für zulässig erklärt, indem es ausführte: „Die allgemeinen Grundsätze über dolus und mala fides erfordern für das consilium fraudandi nichts weiter, als den dem Schuldner bewußten Causalnexus zwischen der in Frage stehenden Verminderung und der Benachtheiligung der Gläubiger. Das Bewußtsein dieses Causalnexus kann auch der noch solvente Schuldner haben.“ Der Verfasser entscheidet sich für das Gegentheil, indem er seinerseits betont, „die fraudulose Absicht müsse bezüglich des betreffenden Dispositionsactes vorhanden sein. Sie könne dies nicht, wenn der fragliche Act überall die Gläubiger nicht schädige. Daß der Schuldner demnächst noch andere derartige Acte vornehmen

wolle, könne dem fraglichen Acte eine Eigenschaft, die er nicht habe, auch nicht geben." Deshalb erklärt er auch die Bestellung eines Pfandrechts für unanfechtbar, wenn der Schuldner zu jener Zeit noch nicht zahlungsunfähig war, mochte er auch bereits andere Veräußerungen beabsichtigen, durch welche er zahlungsunfähig werden mußte.

Nach § 3 können nur solche Veräußerungen angefochten werden, welche die Gläubiger unmittelbar schädigen. Wenn daher der Schuldner eine ihm gehörige Sache ihrem Werthe entsprechend verkauft, so kann dieser Verkauf nicht angefochten werden, weil das Vermögen dadurch nicht vermindert ist. „Der Schuldner konnte eine fraudulose Absicht nicht haben, denn diese setzt mindestens voraus, daß er — richtig! — die Benachtheiligung der Gläubiger durch den fraglichen Act erkannt habe. Bei ausreichender Gegenleistung tritt ein solcher Erfolg nicht ein, kann also auch nicht erkannt werden!" (S. 22). „Wenn es in l. 3 D. h. t. heißt: qui aliquid fecit, ut desinat habere quod habet, so ist dadurch ganz sicherlich nicht gesagt: der Schuldner soll die einzelnen Gegenstände, die er zufällig besitzt, nicht zu besitzen aufhören! — sondern nur: der Schuldner soll die Gesammtheit der ihm zu Gebote stehenden Erfüllungsmittel nicht vermindern" (S. 21). „Die Gläubiger sind überall durch diesen Act nicht benachtheiligt; es giebt somit keinen durch diesen Akt herbeigeführten Nachtheil, der, indem er das Vermögen des Schuldners mindert, vorbereitend für eine später eintretende Zahlungsunfähigkeit einwirken könnte" (S. 25). Von diesem Standpunkte aus wendet sich der Verfasser gegen zwei Urtheile des O. A. G. zu Wiesbaden (Seuffert XXI, 184) und des O. A. G. zu Kiel (Seuffert XII, 113).

§ 4 spricht davon, daß nur solche Personen die Veräußerung anfechten können, welche bereits zur Zeit derselben Gläubiger waren. Das A. G. zu Celle entschied im Jahre 1869 in einem Falle, wo Jemand eine unbegründete Klage angestellt und während des Processes sein Vermögen einem Andern abgetreten hatte, daß die actio Pauliana begründet sei. Es führte aus, daß „die causa, aus der dieser Anspruch hervorging, nämlich der hinterher als ungerecht erkannte Anspruch seitens des Veräußerers gegen die jetzigen Kläger, schon lange vor der in Frage stehenden Veräußerung" vorhanden war. Der Verfasser erklärt die Entscheidung für richtig, die Begründung aber für bedenklich. „Wenn unter causa ein Entstehungsgrund verstanden wird, der, wenn er eintritt, mit rückwirkender Kraft eintritt, so ist der aufgestellte Grundsatz unbedenklich. Wie aber, wenn man weiter hat gehen wollen, dann würde doch wohl nur an Fälle folgender Art gedacht werden dürfen: der demnächstige Schuldner steht bereits mit dem Dritten in Beziehung; er erwartet, er hofft vielleicht, daß aus diesen Beziehungen demnächst ein Schuldverhältniß sich entwickeln werde, daß der Dritte, z. B. durch Gewährung eines Darlehns, sein Gläubiger werde; allein wenn derselbe es auch wird, er wird es immer doch nur von dem Augenblicke an, in welchem er es wird, niemals für eine frühere Zeit" (S. 37). Nach des Verfassers Ansicht ist die Entscheidung vielmehr dadurch zu rechtfertigen, daß „alle Folgen des Rechtsstreites — soweit es überall möglich! — auf den Augenblick der Litiscontestation zurückgeführt" werden.

§ 5 behandelt die Frage: „worin besteht das consilium fraudandi?" Der Verfasser macht sich zur Aufgabe, zu beweisen, daß die actio Pauliana nicht nur dann begründet wird, wenn der Schuldner „sich bewußt in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit versetzt, damit eben seinen Gläubigern das Weggegebene entzogen werde, damit eben die Mittel zu ihrer Befriedigung

nicht vorhanden seien," sondern auch dann, wenn er nur „erkannt hat, daß die Folge seines Handelns die Schädigung seiner Gläubiger sein werde! Daß er eben diesen Erfolg als vorgesetztes Ziel erstrebt habe, — ist nicht erforderlich." Dafür führt er ein Urtheil des O. A. G. zu Oldenburg (Seuffert V, 95), des O. A. G. zu Celle (Seuffert IX, 356) und des O. A. G. zu Kiel (Seuffert XII, 226) an. Dagegen forderte das O. A. G. zu Lübeck (Seuffert XII, 278) außer einer vom Schuldner im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit vorgenommenen, der Masse nachtheiligen Veräußerung „noch etwas Anderes," „was abseits des Cridars Arglist und Absicht — bekundet oder doch verläßlichen Rückschluß gestattet." Ebenso führten die O. A. G. zu Wolfenbüttel (Seuffert XXVIII, 93) und zu Rostock (Buchka und Budde, Entscheidungen V, 54) aus, daß die betrügerische Absicht des Schuldners noch nicht mit Nothwendigkeit daraus folge, wenn er im Bewußtsein seiner Zahlungsunfähigkeit eine seinen Gläubigern nachtheilige Veräußerungshandlung vorgenommen habe.

Die ausgeführten Grundsätze gelten nach § 6 auch für das Pfandrecht. Indessen sind die Fälle der Pfandrechtsbestellung „insofern eigenartig, als bei ihnen nicht das Vermögen des Schuldners verringert wird, sondern „der Schuldner nur eine andere Vertheilung desselben unter seine Gläubiger herbeiführt." Wenn der Gläubiger die Bestellung eines Pfandrechts erlangt, ohne etwas dafür zu geben, so kann dasselbe nach der Ansicht des Verfassers angefochten werden. Allerdings hat das O. A. G. zu Wiesbaden (Seuffert I, 39) ausgesprochen, daß in einem solchen Falle eine betrügerische Absicht ohne Weiteres nicht anzunehmen ist; und dieselbe Meinung hat auch das O. A. G. zu Oldenburg (Seuffert III, 249) angenommen.

§ 7 beschäftigt sich mit dem Satz, daß die actio Pauliana nur gegen denjenigen zusteht, welcher fraudis conscius war, und gegen denjenigen, welcher ex causa lucrativa erwarb.

Nach § 8 steht derjenige Pfandgläubiger, welcher ohne alle Gegenleistung das Pfandrecht für eine bereits fällige Forderung erwirbt, demjenigen gleich, welcher eine Sache ex causa lucrativa erhält. Man kann dagegen auch nicht l. 25 pr. D. h. t. „quoniam magis detrimentum non patitur quam lucrum faciat" geltend machen. „Der Grund beweist zuviel! Wenn darauf überall etwas ankommen soll, daß der Gläubiger durch Geltendmachung des Pfandrechts nur erhält, was er zu fordern (schon) berechtigt ist, insofern mithin, wenn er erhält, nur mit Verlust verschont bleibt: dann würde man niemals den Angriff einer solchen Verpfändung durch die actio Pauliana gestatten dürfen." Wenn dagegen der Gläubiger für die Einräumung des Pfandrechts Frist giebt, so liegt ein lucrativer Erwerb nicht vor und es muß daher auf die fraus des Schuldners gesehen werden. Dasselbe gilt, wenn der Gläubiger für das eingeräumte Pfandrecht eine wirkliche Gegenleistung übernimmt. In gleicher Weise ist zu entscheiden, wenn der Anspruch, für welchen das Pfandrecht eingeräumt wurde, noch nicht fällig war; nur können hier Fälle der zweiten Art nicht vorkommen.

Die in dieser Schrift vertretene Auffassung entspricht keineswegs durchgängig den Quellen. Mit der actio Pauliana können Veräußerungen angefochten werden, welche der Schuldner consilio fraudandi vornimmt und welche diesem consilium entsprechend die Gläubiger benachtheiligen. Eine derartige betrügerische Absicht mit nachtheiligem Erfolge für die Gläubiger ist keineswegs nur bei solchen Handlungen denkbar, welche das Vermögen

des Schuldners verringern oder welche für sich allein betrachtet bereits die Zahlungsunfähigkeit herbeiführen. Auch hat der Verfasser keine Stelle anzuführen vermocht, welche die actio Pauliana in dieser Weise beschränkt. Wenn der Schuldner zu einer Zeit, da er noch zahlungsfähig ist, aber aus Furcht, daß er in Folge eintretender Umstände zahlungsunfähig werden möchte, sein Vermögen vermindert, so wird durch diese Handlung die Zahlungsunfähigkeit zwar nicht unmittelbar herbeigeführt, aber der Schuldner hat jene offenbar in betrügerischer Absicht vorgenommen. Diese betrügerische Absicht hat auch Erfolg, wenn die vom Schuldner gefürchteten Umstände eintreten und seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführen. Was aber von erwarteten zufälligen Umständen gilt, gilt offenbar noch viel mehr für den Fall, daß der Schuldner sein Vermögen durch weitere Veräußerungshandlungen soweit zu verringern beabsichtigte, daß er zahlungsunfähig werden mußte. Wenn also der Schuldner mehrere Veräußerungshandlungen vornimmt, die ihn zusammengenommen zahlungsunfähig machen, während er allerdings nach der ersten noch zahlungsfähig blieb, so sind die Gläubiger durch jede dieser Handlungen thatsächlich geschädigt, auch bereits durch die erste, weil auch diese bewirkt hat, daß die zur Vertheilung kommende Masse geringer ist. Der Schuldner, welcher diesen Erfolg beabsichtigte, hatte auch bereits bei der ersten das consilium fraudandi: die Erforderniße der Quellen für die actio Pauliana sind also vorhanden. Wenn der Verfasser behauptet, daß die erste Veräußerungshandlung, weil sie den Schuldner zahlungsfähig ließ, auch die Gläubiger nicht geschädigt hat, so ist das wider die klare Sachlage, denn ohne jene erste Veräußerungshandlung würden diese zu einem größeren Theile befriedigt worden sein. Freilich hat dieselbe einen Erfolg nur dadurch gehabt, daß noch weitere Veräußerungshandlungen hinzugetreten sind, aber die Gläubiger sind nichtsdestoweniger durch sie benachtheiligt. Man denke sich folgenden Fall: Jemand schuldet im Ganzen 100 Thaler und hat 100 Thaler baares Geld, sowie außerdem ein Grundstück. Er geht mit der Absicht um, seine Gläubiger zu beeinträchtigen. Würde er nun zuerst sein baares Geld und dann sein Grundstück verschenken, so würde es den Gläubigern leicht werden, die Schenkung des Grundstücks anzufechten. Er kommt deshalb auf den Ausweg, zuerst das Grundstück und dann das baare Geld zu verschenken. Nach der Ansicht des Verfassers ist die Schenkung des Ersteren unanfechtbar, weil der Schuldner nach derselben noch zahlungsfähig blieb und weil die Gläubiger durch dieselbe nicht benachtheiligt seien und der Schuldner eine fraudulose Absicht nicht gehabt habe. Sie haben freilich die Möglichkeit, die Schenkung des baaren Geldes anzufechten, aber der Schuldner war vorsichtig genug, die Person desjenigen, welchem er es schenkte, geheim zu halten. Den Empfänger des Grundstücks kennen sie genau, sie können ihm vielleicht seine Mitwissenschaft der betrügerischen Absichten des Schuldners auf's Genaueste nachweisen; der Verfasser würde sie trotzdem abweisen und sie wären um ihr Geld geprellt. Dasselbe wie von Veräußerungen gilt auch von der Bestellung des Pfandrechts.

Der Verfasser glaubt ferner, daß die actio Pauliana nur solche Handlungen ansicht, durch welche das Vermögen seinem Geldwerthe nach vermindert wird. Wenn also ein Grundbesitzer die Absicht hätte, sein Grundstück zu veräußern und mit dem Erlös ohne Bezahlung seiner Gläubiger zu flüchten, so wird er das leicht bewerkstelligen können. Jeder darf ihm sein Grundstück ohne Furcht abkaufen, wenn er es nur seinem vollen Werthe

nach bezahlt. Die Gläubiger mögen dem Erwerber auf das Klarste beweisen, daß er um die Absichten des Schuldners gewußt und dieselben begünstigt hat, dieser wird ihnen mit Erfolg entgegenhalten, daß das Vermögen des Schuldners ja durch die Veräußerung nicht vermindert ist. Wie man leugnen will, daß der Schuldner consilio fraudandi gehandelt hat, ist allerdings nicht ersichtlich. Zum Ueberfluß sagt Ulpian in der auch vom Verfasser angeführten l. 3, § 2 D. h. t., es könne belangt werden „qui aliquid fecit, ut desinat habere quod habet," der Verfasser behauptet aber ohne jeden Beweis, dieser Ausspruch beziehe sich nur auf eine Verminderung der Gesammtheit der dem Schuldner zu Gebote stehenden Erfüllungsmittel. Auch Paulus giebt in der l. 9 h. t. gegen einen Kauf ohne Weiteres die actio Pauliana: kein Wort deutet an, daß unter dem Werthe verkauft worden ist. Wenn derselbe in der l. 7 D. h. t. den Fall behandelt, „si debitor in fraudem creditorum minore pretio fundum scienti emptori vendiderit," so geht daraus nicht hervor, daß ein Verkauf zum vollen Werthe der Sache nie angefochten werden kann. Aus der Entscheidung des Paulus ist vielmehr eher das Gegentheil zu schließen. Denn er erklärt sich für die Meinung des Proculus, daß der Käufer das Grundstück immer zurückgeben müsse, auch wenn ihm der Preis nicht ersetzt würde. Venulejus macht für diesen Fall in der darauf folgenden Stelle einen Unterschied: nach ihm ist das gezahlte Geld dann zurückzugeben, wenn es sich noch in der Masse vorfindet, „quia ea ratione nemo fraudetur." Nach des Verfassers Ansicht müßte der Preis immer erstattet werden, weil ja die Gläubiger, insoweit ein Preis bezahlt wurde, überhaupt nicht benachtheiligt wären, demnach also einen unberechtigten Gewinn machen würden, wenn sie ihn nicht erstatteten.

In dem in § 4 erwähnten Falle, daß Jemand einen unbegründeten Proceß anstrengt und während desselben sein Vermögen abtritt, erscheint die Begründung des A. G. zu Celle vollständig ausreichend. Offenbar kann man unter der causa einer Verpflichtung im juristischen Sinne nur den Entstehungsgrund meinen; das A. G. zu Celle führte aus, daß die Verpflichtung des Veräußerers zum Ersatz der Proceßkosten bereits durch den ungegründeten Angriff entstanden und durch das endliche Urtheil nur festgestellt sei. Demnach sei also die Verpflichtung zur Zeit der Veräußerung bereits vorhanden gewesen. Das scheint auch durchaus zutreffend. Solche Verhältnisse dagegen, welche den Anlaß zu Verpflichtungen geben können, sind selbstverständlich nie causae im juristischen Sinne, und nichts spricht dafür, daß das A. G. dies annahm.

Was der Verfasser im § 5 beweisen will, ist nicht recht klar. Die fraus des Schuldners besteht darin, daß er sich oder einem Andern einen Vortheil auf Kosten der Gläubiger, welche mit ihren Forderungen ganz oder theilweise ausfallen sollen, zuwenden will. In der Regel wird der Zweck des Schuldners eben dieser Vortheil sein, dem die Benachtheiligung der Gläubiger nur als Mittel dient. Es wird Niemandem einfallen, die actio Pauliana auf solche Fälle zu beschränken, wo der Schuldner sein Vermögen einzig zu dem Zwecke vermindert, um seine Gläubiger zu benachtheiligen. Auch ist wohl nie bezweifelt, daß in dem Bewußtsein des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, bereits eine fraus liegt. Auch der Dieb stiehlt gewöhnlich nicht, um zu stehlen, sondern um sich einen Vortheil zu verschaffen. Die vom Verfasser für seine Meinung angeführten Erkenntnisse sprechen sich auch in diesem Sinne aus. Weshalb denselben aber die

weiterhin angeführten Erkenntnisse widersprechen sollen, ist nicht abzusehen. Jemand kann ganz wohl im Bewußtsein seiner augenblicklichen Zahlungsunfähigkeit eine der Masse nachtheilige Handlung vornehmen, ohne zugleich das Bewußtsein zu haben, daß er seine Gläubiger dadurch schädigt. Es wird sogar häufig vorkommen, daß der in ungünstigen Vermögensverhältnissen befindliche Schuldner in der Hoffnung, sich wieder emporzuarbeiten, einzelne Sachen unter ihrem Werthe veräußert oder Pfandrechte bestellt, um die dringendsten Gläubiger zu beruhigen und eben auf diese Weise den Konkurs und demnach auch eine Benachtheiligung der Gläubiger zu vermeiden. Der Schuldner hat hier durchaus redliche Absichten, von einer fraus kann nicht die Rede sein. Das und nichts weiter haben die O. A. G. zu Lübeck, Wolfenbüttel und Rostock ausgesprochen. Die Meinung des Verfassers würde zu den unerträglichsten Härten führen. Dem in schlechten Vermögensverhältnissen Befindlichen würden die Mittel, den Concurs zu vermeiden, genommen sein; es wäre ihm unmöglich, Geld zur Befriedigung seiner dringendsten Gläubiger zu beschaffen, denn Jeder müßte sich scheuen, nicht nur ihm zu leihen, sondern auch von ihm zu kaufen, weil dieser Kauf wieder angefochten werden könnte.

Was endlich den § 8 betrifft, so wird man dem Verfasser insofern Recht geben müssen, als allerdings die Bestellung eines Pfandrechts schenkungshalber ganz wohl denkbar ist. Aber der Unterschied, den er macht, ist nicht ganz zutreffend. Nehmen wir an, daß ein Gläubiger den Schuldner wegen einer fälligen Schuld zur Zahlung drängt. Der Schuldner, um ihn zu beruhigen, bestellt ihm ein durchaus sicheres Pfandrecht, und er schiebt in Folge dessen, ohne ausdrücklich Frist zu geben, seine Klage auf. Wenn man dem Verfasser folgt, so würde er sich sehr geirrt haben, denn die anderen Gläubiger könnten das Pfandrecht mit der actio Pauliana anfechten. Der Erwerber des Pfandrechts hat aber die Bestellung doch sicherlich nicht von dem Gesichtspunkte einer Schenkung betrachtet, da er vielmehr den Schuldner durch Drohung mit der Klage dazu gezwungen hat. Nicht einmal einen lucrativen Erwerb kann man hier annehmen, denn der Gläubiger hätte vielleicht durch sofortige Klage noch volle Befriedigung erzwingen können. In Wahrheit wird es einzig auf die Absicht der Parteien, welche aus den Umständen geschlossen werden muß, ankommen: war sie beiderseits darauf gerichtet, dem Gläubiger auf Kosten der Andern einen Vermögensvortheil zu verschaffen, so ist sie allerdings wie eine Schenkung zu betrachten. Hatte aber nur der Schuldner allein diese Absicht, während der Gläubiger annahm, daß ihm nur deshalb ein Pfandrecht bestellt werde, um ihn von der Klage abzuhalten, so kann man sicherlich an eine Schenkung nicht denken.

Bernhöft.

12.

Zur Kritik der heutigen Negatorien- und Confessorienklage und damit zur Kritik der herrschenden historischen Rechtsschule (der herrschenden Rechtsdarstellung) im Allgemeinen. Eine Studie vom Standpunkte einer wissenschaftlichen „Empirie" des positiven Rechts der Gegenwart und eines gegebenen nationalen Civilrechts in Deutschland, sowie nebenbei eine Replik gegenüber Ernst Imanuel Becker, von Dr. Carl Joseph Seitz, k. Bezirks-Gerichts-Rath. Jena. Mauke's Verlag. 1873. XXXIII u. 163 S.

Obige Schrift schließt sich als Replik einer früheren Abhandlung des Verfassers an und bekämpft neuerlich die herrschende Richtung der Civiljurisprudenz, die historische Schule, deren Wirken, soweit es wirkliche Berechtigung hat, darin voll anerkannt, als deren Schattenseite aber hervorgehoben wird, daß diese Schule schon auf der Universität „historisches Recht schlechthin" mit positivem Recht nicht selten vermengt und vielfach Rechtsgeschichte statt der positiven Grundsätze lehrt, dann im Leben Theorie und Praxis spaltet und auf legislativem Gebiete, durch falsche Grundprincipien irregeleitet, von Savigny an bis auf die allerjüngste Zeit herab den Beruf unserer Zeit zu der so unentbehrlichen einheitlichen Civilgesetzgebung leugnet. Die richtigen dogmatischen Grundprincipien einer positiven Civilrechtsdarstellung ersieht der Verfasser in einer wissenschaftlichen „Empirie" des positiven Rechts. Das geltende Civilrecht könne principiell nicht schon durch Darstellung eines historischen Rechts schlechthin, sondern einzig aus einem präciser begrenzten „Theile" der ganzen Geschichte des Rechts, aus dem Rechte einer jeweiligen Gegenwart, welches sich am greifbarsten in einer kritisch zu sichtenden Praxis spiegele, endgültig gefunden oder „erfahren" werden. Nicht auf einer Reception oder Entstehung, sondern allein auf einem heutigen thatsächlich zu Recht Bestehen basire, — nicht ex tunc, sondern ex nunc habe das positive Recht eine Geltung, ein wirkliches Leben. Empirie des Rechts der Gegenwart an Stelle einer unbegrenzten undefinirten Historie sei das entscheidende Princip der Erkenntniß eines positiven Rechts, wenn auch Geschichte behufs Erklärung und Prüfung des Bestehenden nach wie vor cultivirt werden müsse. Wie im Principe, so im Einzelnen: jedes einzelne Rechtsinstitut müsse in seinem heutigen Bestande an der Hand der Erfahrung geprüft werden; eine Reception des Corpus juris „in folio" gebe es nicht.

Die Darstellung eines wirklich positiven Rechts, welche der Verfasser die empirische nennt, hat übrigens ihre Probe in der Anwendung schon bestanden. Es ist dies die nämliche Methode, welche u. A. J. A. Seuffert in seinen Werken, insbesondere dem Archive, bereits seit Langem verwirklicht hat. Seuffert selbst aber hat, obgleich er seine (von dem früheren Naturrecht innerlichst verschiedene) Richtung practisch übte und die Rechtsprechung vielfach beherrschte, doch nie die Grundprincipien seiner Rechtsdarstellung theoretisch festzustellen, dieselbe der contrastirenden historischen Schule gegenüber nie zu rechtfertigen gesucht und wohl aus diesem Grunde in der Theorie nicht die ihm gebührende Anerkennung gefunden. Die principielle Fest-

stellung und Erörterung einer Empirie des heutigen geltenden Rechts sucht nun die vorliegende Schrift zu bethätigen und in den Gegensätzen zur historischen Schule zu rechtfertigen. Mittels dieser Principien der Empirie wird nach Ansicht des Verfassers allein ein in der Wirklichkeit gegebenes — also practisches — Civilrecht Deutschlands erkannt und dargestellt werden können.

Das Werkchen ist hiernach ein durchaus zeitgemäßes und bietet auch für die nach den Principien des Verfassers behandelten practischen Rechtsinstitute der **negatoria** und **confessoria** so vielfache neue und interessante Gesichtspunkte, daß wir wohl berechtigt sind, die Lectüre desselben dem Practiker wie dem Theoretiker anzuempfehlen.

Dr. **Romeis.**

13.

Olshausen, Dr. J., Staatsanwaltsgehülfe. Die Einsprüche dritter Personen in der Executionsinstanz nach gemeinem und preußischem Recht, sowie vom Standpunkt der Gesetzgebung. Berlin. 1874. **Fr. Vahlen.** VI. u. 129 S. 8.

Die Executionsinstanz bildet den Eckstein des ganzen Civilprocesses. Thatsächlich kommt es zwar in den allerwenigsten Processen bis zur wirklichen Vollstreckung; unentbehrlich ist aber in allen Fällen die Aussicht, daß die starke Hand des Staates zur Realisirung des Urtheils zu Gebote stehen werde. Wie der Verf. mit vollem Recht hervorhebt, erscheint es gerade im Hinblick auf die neuerliche Beschränkung der Zwangsmittel um so mehr als die Aufgabe der Gesetzgebung, das Verfahren möglichst energisch zu gestalten. Dabei ist ein Hauptaugenmerk auf die Einsprüche dritter Personen gegen die Vollstreckung zu richten, da einerseits die Chicane sich hier in ihren schlimmsten Formen geltend zu machen pflegt, andererseits wirklichen Rechten die Möglichkeit eines Schutzes zu gewähren ist. Das Thema der obigen Schrift ist demnach sehr practisch und zeitgemäß, und die gründliche Art, mit welcher der Verf. die einschlägigen Fragen erörtert, verdient alles Lob. In dem ersten Kapitel behandelt er das geltende gemeine und preußische Recht in materieller wie formeller Beziehung; im zweiten Kapitel die bevorstehende Proceßgesetzgebung. Dieses letzte Kapitel erregt gegenwärtig besonderes Interesse und wird hoffentlich auch Beachtung finden. Verf. erklärt sich mit der formellen Behandlung, welche der Entwurf den Einsprüchen angedeihen läßt, im Ganzen einverstanden, nicht so in Bezug auf die materiellen Grundlagen. An Stelle des Pfandrechts, welches der Entwurf durch die Abpfändung von Mobilien entstehen läßt, will er in Uebereinstimmung mit dem bisherigen gemeinen Recht ein Vorzugsrecht treten lassen, den Ansprüchen dritter Personen gegenüber aber auf dieses Vorzugsrecht den Grundsatz: Hand, wahre Hand zur Anwendung bringen. In ersterer Hinsicht dürfte ihm beizupflichten sein. Zwar ist das, was er (S. 98) über die practischen Folgen des vom Entwurf angenommenen Princips bemerkt, nicht zutreffend. „Nach § 645 des Entwurfs (Verf. hat den Entwurf von 1872 vor Augen) würde durch die Pfändung ein vollgültiges Pfandrecht entstehen,

dem gegenüber der Eigenthümer einen Widerspruch gegen den Verkauf nicht würde durchführen können. Wie weit ältere dingliche Rechte jenem Pfandrechte gegenüber Geltung haben würden, dürfte zweifelhaft sein." Diese Zweifel und Bedenken erledigen sich theils aus den Bestimmungen des Entwurfs, theils können sie ebenso gut auch bei Annahme eines bloßen Vorzugsrechts hervortreten. Der Unterschied liegt demnach weniger in den practischen Consequenzen, als in der theoretischen Auffassung. Von diesem Standpunkt aus aber scheint mir die vom Verfasser vorgeschlagene Bezeichnung allerdings die correctere zu sein. Was dagegen den zweiten Vorschlag des Verf. anlangt, so hat derselbe meines Erachtens die erheblichsten Bedenken gegen sich. Ich bin sehr dafür, die im Art. 306 flg. des H. G. B. enthaltenen Grundsätze in verallgemeinerter Gestalt unserem Civilgesetzbuch einzuverleiben, würde es aber — der Verf. verzeihe mir das Wort — für einen Leichtsinn halten, wenn wir in dem Proceßgesetz ohne „eine einheitliche Construction" des Satzes: Hand, wahre Hand gerade die zweifelhafteste Nutzanwendung aus demselben ziehen wollten.

Behrend.

14.

Dernburg, Dr. H., Lehrbuch des preußischen Privatrechts. 1. Band. Halle. Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses. 1875. 8. XIV u. 918 S.

Gegenwärtig liegt der erste Band dieses im Jahr 1870 begonnenen Lehrbuches vollendet vor. Außer der geschichtlichen Einleitung enthält er die allgemeinen Lehren und die dinglichen Rechte. Die Erwartungen, die in Bezug auf die wissenschaftliche Förderung des preußischen Rechts an die erste Abtheilung geknüpft wurden, erfüllt das Werk, soweit es bis jetzt vorhanden ist, in vollem Maße; zweifelhafter ist, ob dasselbe nicht für den Zweck, den der Verfasser zunächst in's Auge gefaßt hatte, Studirenden als Vorbereitung und Einführung in das preußische Recht zu dienen, zu umfangreich werden wird. Ein bestimmtes Urtheil hierüber wird sich aber erst nach Abschluß des Ganzen fällen lassen. Besonders rühmenswerth ist, daß der Verf. diejenigen Institute, bei denen auf sein eigentliches Gebiet, das römische Recht, zurückzugehen ist, nicht mit einseitiger Vorliebe behandelt hat, sondern daß er auch denen, deren Wurzeln im einheimischen Recht liegen, gleiche Sorgfalt angedeihen läßt. Namentlich ist in dieser Hinsicht die in ihrer Art musterhafte Entwickelung der Agrargesetzgebung, sowie das Bergrecht zu erwähnen. Die Schlußabtheilung des ersten Bandes enthält auch den größten Theil unseres neuen Immobiliarsachenrechts, namentlich das Recht der Hypothek und der Grundschuld. Dabei wird auch die Lehre von den Vormerkungen und insbesondere von den Arrestprotestationen erörtert (S. 710 ff.). Verf. bezeichnet dieselben als Eintragungen, die zur Sicherung einer gefährdeten Forderung unter den Voraussetzungen des Arrestes stattfinden, aber die Wirkung der Judicatshypothek haben. Diese Wirkung soll sich nicht nur den späteren Intabulaten, sondern auch dem nicht eingetragenen

Eigenthümer gegenüber geltend machen. Eine Begründung seiner Auffassung giebt Verf. nicht, und ich kann ihm weder vom Standpunkt des geltenden Rechts, noch von dem unserer künftigen Gesetzgebung zugeben, daß sie den Vorzug vor der von mir in dieser Zeitschrift Bd. VII, S. 121 ff. vertretenen verdient.

Daß Verf. sich durch den dies incertus quando des deutschen Civilgesetzbuches von der Fortsetzung seines Werkes nicht abhalten lassen will, ist gewiß gerechtfertigt; möge er dasselbe in nicht allzu langer Frist zu Ende führen.

Behrend.

Bibliographie.

Rechtslexikon. Encyklopädie der Rechtswissenschaft in alphabetischer Bearbeitung. Herausgeg. unter Mitwirkung vieler Rechtsgelehrter von F. von Holtzendorff. Liefer. 8—11 (Fabrik- und Waarenzeichen bis Justitium). Leipzig. Duncker & Humblot.

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgeg. von Grünhut. Wien. A. Hölder. Bd. II, Heft 2. — Inhalt: Bidermann, Entstehung und Bedeutung der pragmat. Sanction (2. Abth.). — Pfaff, Ueber die Materialien des österr. allgem. bürgerl. Gesetzbuches. — Geyer, Der neueste Entwurf eines Strafgesetzes über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen für die im Reichsrath vertretenen Länder Oesterreichs. — Berggruen, Die Justizreform in Egypten. — Mayer, Das Princip der Individualisirung in der österr. Strafproceßordnung vom 23. Mai 1873. — Literatur.

Zeitschrift für Reichs- und Landesrecht mit besonderer Berücksichtigung auf Bayern, herausgeg. von L. Hauser. 5. Heft. — Inhalt: Petersen, Der Code Napoléon und das deutsche Civilgesetzbuch. — Dreyer, Wie ist der Einwand der Trunkenheit bei Eingehung eines Rechtsgeschäftes zu beurtheilen? — Hauser, Ueber die Zulässigkeit der Beschwerde gegen handelsgerichtliche, auf das Handelsregister bezügliche Beschlüsse. — Literatur, Rechtssprüche.

Corpus juris civilis. Editio stereotypa, fasciculus VI. Codex justinianus. Lib. I—IIII recognovit Paulus Krueger. Berolini ap. Weidmannos. MDCCLXXIIII.

Kleinschrod, L., Prof. Dr. Ueber die prozessualische Consumtion und die Rechtskraft des Civilurtheils. Leipzig. Veit & Comp. 1875. 8. X. und 256 S.

Platner, B. F., Dr. Prof. zu Marburg. Sachenrecht mit bes. Rücksicht auf das frühere Kurfürstenthum Hessen. Marburg. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung. 1875. 8. 328 S.

Makower, H., Rechtsanwalt und Notar. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. Mit Commentar herausgegeben. Sechste vermehrte und verbesserte Auflage. Supplement zu Dr. C. F. Koch's Allgem. Landrecht für die preuß. Staaten. 6/5. Ausgb. Berlin. J. Guttentag (D. Collin). 1875. Gr. 8. XXIII. u. 903 S. Preis 15 Mark.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts, herausgeg. von den Räthen des Gerichtshofes. Stuttgart. Ferd. Enke (bis Bd. XIV. Heft 1—3).

General-Register zu den ersten zehn Bänden der von den Räthen des Reichs-Oberhandelsgerichts herausgegebenen Entscheidungen des Gerichtshofes. Stuttgart. Ferd. Enke. 1874. 8. 394 S.

Sammlung von Entscheidungen des obersten Gerichtshofes für Bayern in Gegenständen des Handels- und Wechselrechts, sowie von wichtigen Entscheidungen der K. bayer. Handels-Appellationsgerichte. Unter Aufsicht und Leitung des K. bayer. Justizminist. herausgegeben. Band II, Heft 4 u. 5. Erlangen. 1874. Palm & Enke.

Busch, Archiv für Theorie und Praxis des Allgem. deutschen Handels- und Wechselrechts. N. F. Bd. V, Heft 4 u. 5. — Inhalt: Lippold, Zur Lehre von den Actiengesellschaften. — v. Kraewel, Wirkung eines simulirten Indossaments gegenüber dem Nachschuldner. — Derselbe, Handschriftenvergleichung behufs Prüfung des Accepts. — (Anonym.) Sind Staatsbanken verpflichtet, sich in das Handelsregister eintragen zu lassen? — Slevogt, Wider den Bankgesetzentwurf. — Keyßner, Handelsgerichtliche Bekanntmachungen im Centralstaatsregister. — Calm, Die Judikatur des Reichs-Oberhandelsgerichts. — Voigtel, Uebersicht über deutsche und preußische Gesetze und Verordnungen. — Literarische Umschau.

Koch, C. F. Allgemeines Landrecht für die preuß. Staaten. Unter Andeutung der obsoleten oder aufgehobenen Vorschriften und Einschaltung der jüngeren noch geltenden Bestimmungen, herausgegeben mit Commentar in Anmerkungen. — Nach des Verf. Tode bearbeitet von Foerster, Johow, Hinschius, Achilles, Dalcke. — Erster Band. 6. Ausg. 3. (Schluß-) Liefer. Zweiter Band. 5. Ausg. Erste Hälfte. Berlin. 1874. J. Guttentag (D. Collin).

Harras, Ritter v. Harrassowsky. Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nach dem gegenwärtigen Stand der Civilproceßgesetzgebung. Berlin. Franz Vahlen. 1875. 191 u. VIII S.

Krause, C. G., Mitglied des Reichstags. Zur Lehre vom Gerichtsstand nach den Entwürfen der Civilprozeßordnung für das deutsche Reich. Berlin. 1874. Puttkammer & Mühlbrecht. 83 S. 8.

Rubo, Stadtrichter und Schriftführer der Bundes-Comm. für das Strafgesetzbuch. Kommentar über das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich und das Einführungsgesetz vom 31. Mai 1870. Nach amtlichen Quellen. Dritte Lieferung. Berlin. 1874. Weidmann'sche Buchhandlung.

Gesetze und Verordnungen über Heimaths- und Staatsbürgerrecht im deutschen Reich. Für den practischen Gebrauch bearbeitet. Berlin. 1874. Fr. Kortkampf. (Reichsgesetze mit Erläuterungen, Kortkampf'sche Ausgabe.) XVI. u. 215 S. 8. Preis: 5 Mark. geh.

Kanngießer, H., Appell.-Ger.-Rath, Das Recht der deutschen Reichsbeamten. Gesetz vom 31. März 1873. Aus den Materialien und der Reichs- und Landesgesetzgebung erläutert. Berlin. 1874. 8. Fr. Kortkampf. (Reichsgesetze mit Erläuterungen, Kortkampf'sche Ausgabe.) Verfassungs- und Organisationsgesetze. Band 29. XIV. u. 380 S., nebst 2 Tabellen. Preis: 10 Mark.

Kletke, Dr. G. M. Die Gewerbesteuergesetzgebung im preuß. Staat, betr. die Gewerbesteuer vom Handel, dem stehenden Gewerbe und dem Gewerbe im Umherziehen. Nach den amtlichen Quellen und der neuesten Gesetzgebung bearbeitet und dargestellt. Berlin. Pfeiffer'sche Buch- und Kunsthandlung. 1875. 8. 299 S.

Jacobi, L., Geh. Reg.-Rath, Mitglied des Reichstages und des Hauses der Abgeordneten. Die Gewerbegesetzgebung im deutschen Reich. Für den pract. Gebrauch dargestellt und erläutert. Berlin. 1874. Fr. Kortkampf. XIV. u. 537 S. Gr. 8. Preis: 10 Mark.

Jungermann, Die Errichtung eines Reichseisenbahnamtes. Gesetz vom 27. Juni 1873 (Reichsgesetze mit Erläuterungen, Kortkampf'sche Ausgabe. Verfassungs- u. Organisationsgesetze. Bd. V.) Berlin. 1874. Fr. Kortkampf. Gr. 8. 24 S. Preis: 1 Mark.

Parey, Reg.-Rath. Uebersicht der Gesetzgebung des deutschen Reichs von der Entstehung des norddeutschen Bundes bis September 1874. Magdeburg. Em. Baensch. 8. 47 S.

Hartmann, W., Obertrib.-Rath. Zeitschrift für Gesetzgebung und Praxis auf dem Gebiet des deutschen öffentlichen Rechts. Erster Band. Heft 1. — Inhalt: Vorwort. — Heinsheimer, Das badische Altkatholikengesetz vom 15. Juli 1874. — Entscheidungen und Erlasse. — Gesetze, Entwürfe und Instructionen. — Literatur.

Dürrschmidt, Appell.-Ger.-Rath. Die klösterlichen Genossenschaften in Bayern und die Aufgabe der Reichsgesetzgebung. 1875. Gr. 8. Nördlingen. Beck. 190 S.

Walter, Rechtsanwalt und Notar. Kann nach altländisch-preußischem Rechte der Vormund eines Minderjährigen aus dessen Vermögen ein Familienfideicommiß errichten, und event. welche Formen sind zu beobachten, um die Errichtung für den Minderjährigen verbindlich zu machen? Eine juristische Studie als Beitrag zu dem erwarteten Gesetze über das Vormundschaftswesen. Berlin 1875. J. Guttentag (D. Collin). Preis: 2 Mark.

Marquardsen, Dr. H., Mitgl. d. Reichstags und Berichterstatter über den Preßgesetz-Entwurf. Das Reichs-Preß-Gesetz vom 7. Mai 1874. Mit Einleitung u. Kommentar herausgegeben. Berlin 1875. J. Guttentag (D. Collin). 8. 283 S. Cart. Preis: 5 Mark.

Alphabetisches Register.

Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke) in Berlin.





